

وأما النوايب فقد رادها ما يكون بحق وقد رادها ما ليس بحق والاول ككرى الانهار المشتركة وأجر الحارس للمحلة وما وظف الامام لتجهيز الجيش وفداء الاسارى بأن احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين أو الى فداء أسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف ما على الناس لذلك والضمان فيه جائز بالاتفاق وجوب أدائه على كل مسلم أو جبه الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين والثاني كالجبايات في زماننا وهي التي يأخذها الظلمة في زماننا ظالما كالقيصر ففيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يصح الضمان به لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا تنسئ عليه ههنا شرعا وقال بعضهم يصح وعن عيل اليه الامام البرزوى يرد بفخر الاسلام رحمه الله لان صدرا الاسلام عن مال الى عدم صحتها قال فخر الاسلام وأما النوايب فهي ما يلحقه من جهة السلطان من حق أو باطل أو غير ذلك مما ينسب به صحت الكفالة به الانهاديون في حكم توجه المطالبة به او العبرة في الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها وله ذاقنا ان (٤٣٣) من قام بتوزيع هذه النوايب على المسلمين بالقسط والعدالة كان مأجورا

وأما النوايب فان أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشتركة وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة به على الاتفاق وان أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ رجهم الله وعن عيل الى الصحة الامام على البرزوى وأما القسمة فقد قيل هي النوايب بعينها أو حصص منها والرواية بأو قيل هي النائبة الموظفة الراتبه والمراد بالنوايب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه

وهو ما يجب فيما يخبر به فانه غير واجب في الذمة (وأما النوايب فان أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشتركة) للعامة (وأجرة الحارس) للمحلة الذي يسمى في ديار مصر الخفير (والموظف لتجهيز الجيش) في حق (وفداء الاسارى) اذا لم يكن في بيت المال شيء (وغيرها) مما هو بحق (فالكفالة به جائزة بالاتفاق) لانها واجبة على كل مسلم موسر بايجاب طاعة ولي الامر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال أو لزمه ولا شيء فيه (وان أريد بها ما ليس بحق كالجبايات) الموظفة على الناس (في زماننا) ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان في كل يوم أو شهر أو ثلاثة أشهر فاطم فاختلف المشايخ في صحة الكفالة بها فقيل تصح اذا العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة اما بحق أو باطل ولهذا قلنا ان من نولي قسمتها بين المسلمين فعدل فهو مأجور وينبغي ان كل من قال ان الكفالة ضم في الدين يمنع صحتها ههنا ومن قال في المطالبة يمكن أن يقول بصحتها يمكن أن يمنعها بناء على أن في المطالبة بالدين أو بمعناه أو مطلقا (وعن عيل الى الصحة الامام البرزوى) يرد بفخر الاسلام أما أخوه صدرا الاسلام فاني صحة الكفالة بها (وأما القسمة فقيل هي النوايب بعينها أو حصص منها) اذا قسمها الامام ولا حاجة الى كون الرواية قسم بلاهاء لان قسمة في القرآن بمعنى قسم قال تعالى ونبتهم ان الماء قسمة بينهم اذا معنى لضمان حقيقة القسمة بالمعنى المصدري لكن لو كان كذلك لكان ينبغي كون الرواية بالواو وليكون من عطف الخاص على العام لكن الرواية بأو (وقيل النائبة الموظفة الراتبه والمراد بالنوايب) ما هو منها غير راتب (فتغايرا (والحكم) يعني في القسمين (ما بيناه) من الصحة في أحدهما والخلاف في الاخرى ثم من أصحابنا من قال الافضل للانسان ان يساوى أهل محله في اعطاء النائبة قال شمس الأئمة

وان كان من جهة الذي يأخذ باطلا وله ذاقنا ان من قضى نائبة غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحصانا بمنزلة ثمن المبيع قال شمس الأئمة هذا اذا أمر به لاعتنا كراه اما اذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر أمره في الرجوع وأما قوله وقسمته فقد ذكر عن أبي بكر بن سعيد أنه قال وقع هذا الحرف غلطان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون وأجيب بأن القسمة قد تجب بمعنى النصيب قال الله تعالى ونبتهم أن الماء قسمة بينهم والمراد النصيب وكان الفقيه أبو جعفر الهندواني يقول معناه ان أحد

هذا

الشريك ان اطلب القسمة من صاحبه وامتنع الاخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة جاز

ذلك لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم معناه اذا اقتسمنا ثم منع أحد الشر بكن قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمه بالضمير لا بالتاء وقد علمت ان القسمة بالتاء تجب بمعنى القسم بلا تاء وقال بعضهم هي النوايب بعينها وقد ذكر تفسير النوايب بحق وبغيره وعلى هذا فذكره بالواو والبيان من باب العطف للتفسير أو حصص منها أي من النوايب يعني اذا قسم الامام ما ينوب العامة فتكون ككرى النهر المشتركة فأصاب واحد شيء من ذلك فيجب أدائه فكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قيل ولكن كان ينبغي أن يذكر الرواية على هذا التقرير وقسمته بالواو وليكون عطف الخاص على العام كافي قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسوله وجبريل وميكال فأشار المصنف رحمه الله الى أن الرواية بأو على تقدير أن تكون القسمة حصص من النوايب لان القسمة اذا كانت حصصا منها فهو محل أو أما اذا كانت هي النوايب بعينها فهو محل الواو الامر وقيل هي النائبة الموظفة الراتبه والمراد من النوايب ما ينوبه غير راتب قيل وعن قال بهذا القول الامام فخر الاسلام والحكم ما بيناه يعني جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق

قال (ومن قال لا آخر لك على مائة الى شهر الخ) ومن قال لا آخر لك على مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي لكونه احواله وان قال ضمننت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن وروى عن أبي يوسف ابراهيم بن يوسف ان القول فيهما للمقر له وقال الشافعي القول فيهما للمقر له ان الدين نوعان حال ومؤجل فإذا أقر بالمؤجل فقد أقر بأحد النوعين فالقول قوله اعتبارا بالكفالة وأجيب بقساد الاعتبار لان الاجل في الدين عارض كإسباني ولا يبي يوسف انه ما تصادق على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بجهة اعتبار اقرار بالدين وأجيب بما أجيب به الشافعي ووجه الفرق بينهما ان المقر أقر بالدين مدعيًا حقًا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى أجل فكان ثمة اقرار على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثاني يحتاج الى برهان فإذا عجز عنه كان القول للأنسكرو وفي الكفالة ما أقر بالدين لانه ليس عليه دين في الصحيح كما تقدم وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضح الفرق بينهما واقائل أن بقول هب انه لا دين عليه فيقر به أليس انه قد أقر بالمطالبة فلا خصم (٤٣٣) أن يقول أقر بالمطالبة مدعيًا حقًا لنفسه وهو تأخيرها الى أجل فكان

ثمة اقرار على نفسه الى آخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق وعلى تقدير تمامه فهو معارض بأن يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة في الحال وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه التكفيل لانه اذا ثبت بطلت الكفالة وفيه من التناقض ما لا يخفى والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول اقناعًا جديًا لدفع الخصم في المجلس وذكر الثاني لمن له زيادة استتبع صافي الاستقصاء على ما ذكر وان الكفالة التزام المطالبة أعم من كونها في الحال أو في المستقبل والثاني موجود فيما نحن فيه فلا مناقضة (قوله ولان الاجل في الدين عارض) هو الفرق الثاني ومعناه على ان ما لا يثبت بشئ الا بشرط

(ومن قال لا آخر لك على مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي ومن قال ضمننت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن) ووجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقًا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى أجل وفي الكفالة ما أقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الدين عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من أنسكرو الشرط كافي الخيار أما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلًا على الاصل هذا كان في ذلك الزمان لانه اعانة على الجائحة والجهاد أما في زماننا فكثر النوائب تؤخذ ظلمًا ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له وان أراد الاعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقير يستعين به الفقير على الظلم وينال المعطى الثواب وقوله والحكم ما بيناه يعني ما ذكره من ان الكفالة فيما كان بحق جائز وبغير حق فيه اخلاف (قوله ومن قال لا آخر) المراد الفرق بين مسئلتين احدهما ما من أقر بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقر له وأنكر الاجل القول للمقر له ولو أقر بكفالة لرجل بدين مؤجل فاعترف بالمقر له وأنكر الاجل القول للتكفيل في ظاهر الرواية بخلاف الشافعي حيث ألحق الاول بالثاني فيجعل القول في المسئلتين للمقر ولا يبي يوسف على رواية ابراهيم بن رستم حيث ألحق الثاني بالاول فيجعل القول فيهما للمقر له وما وقع في أكثر نسخ الهداية من عكس ذلك وهو ان الشافعي ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف قلبه سهو من الكتاب وجه قول الشافعي رحمه الله ان الدين نوعان حال ومؤجل فاعترافه بالمؤجل اعتراف بنوع كالا اعتراف بدينه أو بدينه فلا يلزم النوع الا آخر فالقول للمقر كالتكفيل وجه قول أبي يوسف انه ما تصادق على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاحل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق الا بجهة كافي الاول وصار الاجل كالخيار فيما لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار أو أنكر الطالب القول للطالب في أنكاره الخيار وجه المذهب أن المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة في الحال اذا ظاهر أن الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن قرض أو اتلاف أو بيع ونحوه والظاهر أن العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال الا يبدل في الحال فكان الحل الاجل الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروضًا عارضًا لأنواعا (ثم ادعى لنفسه حقًا وهو تأخيرها) والا آخر ينكره (وفي الكفالة ما أقر بالدين) على ما هو الاصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في

(٥٥ - فتح القدير خامس) كان من عوارضه وما يثبت له بدونه كان ذاتياله وهو حسن لانا لوقفنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت لذلك فكان عارضًا والاجل في الدين بهذه المثابة لان عن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فانه يثبت مؤجلًا من غير شرط اذا كان مؤجلًا على الاصل فكان الاجل ذاتيالبعض الكفالة منوعًا كالتأنيق المنوع لبعض الحيوان وهذا أقصى ما يتصور في الفقه من الدقة في اظهار المأخذ واذا كان الاجل في الدين عارضًا لا يثبت الا بشرط كان القول قول من أنكره مع اليمين كافي شرط الخيار واذا كان في الكفالة ذاتيًا كان اقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله ووقع في المتن (قوله وأجيب بما أجيب به الشافعي) أقول يعني بقساد الاعتبار وفيه شئ (قوله والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول الخ) أقول وعندى ان الفرق الاول أيضا صحيح لا يرد عليه ما أورده فان المقر بالدين أقر بوجوب نفس الدين في ذمته في الحال وادعى تأخر وجوب أدائه والمقر له ينكر ذلك والمقر بالكفالة لم يقر بشئ في الحال بل يدعي ذلك المكفول له والتكفيل ينكره فتأمل وهذا كلام اجالي كتبته تذكرة

والشافعي ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف فيما روى عنه ألحق الاول بالثاني والعكس هو المشهور من مذهبهما فمن الشارحين من حمله على الرايتين عن كل واحد منهما أو منهن من حمله على الغلطن الناسخ ولعله أظهر (قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجلا بالدرك الخ) ومن اشترى جارية وكفل له رجلا بالدرك (٤٣٤) وقد تقدم معنا فاستحققت الجارية لم يأخذ المشتري الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع برد الثمن لان

والشافعي رحمه الله ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف رحمه الله فيما روى عنه ألحق الاول بالثاني والفرق قد أوضحناه قال (ومن اشترى جارية وكفل له رجلا بالدرك فاستحققت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لان مجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل به العدم المحلقة ف يرجع على البائع والكفيل وعن أبي يوسف أنه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الاصل

الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له وهذا لان التزام المطالبة يتنوع الى التزامها في الحال أو في المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك فانما أقر بنوع من مافلا يلزم بالنوع الآخر بخلاف الكفالة على أنه بالخيار فانها ضعيفة لقلّة وجودها فنزلت منزلة العدم وهذا مخلص عن ادعى مالا وهو مؤجل في الواقع فان اعترف به مؤجلا لا يصدق وان أنكر يكون كاذبا وخاف ان اعترف به كذلك لا يصدق في الاجل فالحيلة أن يقول للمدعى هذا المال الذي تدعيه مؤجل أم مجهول فان قال مؤجل حصل المقصود وان قال مجهول فينكر وهو صادق وفي العمود من عليه دين مؤجل اذا حلف ماله اليوم قبله شيء أرجو أن لا يكون به بأس ان كان لا يقصد به أنواعه (قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجلا بالدرك فاستحققت لم يأخذ الكفيل) وفاعل يأخذ ضمير من والكفيل مفعول يعنى لم يطالبه (حتى يقضى له بالثمن على البائع لان مجرد الاستحقاق) أو القضاء به وبالبيع (لا ينتقض البيع) أى لا ينسخ (على ظاهر الرواية) واحتراز ظاهر الرواية عن رواية الامالى عن أبي يوسف أنه يأخذ الكفيل قبل أن يقضى له على البائع بالثمن لان الضمان توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبة به كذلك على الكفيل وجه الظاهر ما ذكر من أن مجرد الاستحقاق لا ينسخ البيع فالضرورة لا يجب الثمن على البائع وهو على ملكه ولا يعود الى ملك المشتري حتى لو كان الثمن عبدا فاعاققه البائع بعد القضاء بالاستحقاق نفذ عاقبه وكذا لو كان المشتري باعها من غيره فاستحققت من يد الثاني ليس للمشتري الاول أن يرجع على بائعه مالم يرجع عليه المشتري الثاني كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد واذ لم يجب الثمن على الاصيل لا يجب على الكفيل بخلاف ما لو قضى بحرية العبد ونحوه لان البيع يبطل به لعدم المحلقة للبيع فيكون استحقاقه مطلا للآل رأسا وما نحن في حقه استحقاق ناقل للآل فحليته للآل باقية واحتمال اجازة المستحق للبيع القائم ثابت فبأنقى هذا الاحتمال يبقى المالك بخلاف ما اذا قضى على البائع برد الثمن لارتفاعه حيثئذ وصح في فصول الاستروشنى أن للمستحق أن يجيز بعد قضاء الفاضى وبعد قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه بالثمن والرجوع بالقضاء يكون فسخا ثم من الاستحقاق المبطل دعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة الغلبة ودعوى الوقف في الارض المشتركة أو انها كانت مسجدا أو بشارك الاستحقاق الناقل في أن كلامهم ما يجعل المستحق عليه ومن ثلث ذلك الشيء من جهته مستحقا عليهم حتى انه لو أقام واحد منهم البيئة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بيته ويختلفان في أن كل واحد من الباعة في الناقل لا يرجع على بائعه مالم يرجع عليه ولا يرجع على كفيل الدرك مالم يقض على المكفول عنه وأسلفنا من مسائل الاستحقاق حله وقوله (وموضعه) أى الاستحقاق (أوائل الزيادات في ترتيب الاصل) يريد ترتيب محمد فانه بدأ باب المأذون واحتراز بالاصل عن ترتيبه الكاش لأن فانه ترتيب

له على البائع برد الثمن لان احتمال الاجازة من المستحق ثابت وثبوته يمنع أن يأخذ الكفيل بالثمن لان مجرد قضاء الفاضى يثبت موت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية مالم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبدا فاعاققه بائع الجارية بعد حكم القاضى للمستحق نفذ عاقبه واذ لم ينتقض لم يجب الثمن على الاصيل واذ لم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وانما قال على ظاهر الرواية احترازا عما قال أبو يوسف في الامالى له ان يأخذ الكفيل قبل أن يقضى له على البائع لان الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبة به فكذلك يجب على الكفيل فان قيل فاذا قضى الحاكم بالحرية فمجرد القضاء يثبت للمشتري حق الرجوع فما الفرق بينهم جاوب بين الاستحقاق وأجاب المصنف بقوله بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل به لعدم المحلقة ف يرجع المشتري على البائع وكفيه له ان شاء وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الاصل أراد بترتيب الاصل

ترتيب محمد فانه افتتح كتاب الزيادات باب المأذون بخلاف الترتيب سائر الكتب تبركنا أملى به أبو يوسف فان محمد أخذ الى ما أملى وبين أبو يوسف بابا بابا وجعله أصلا وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان أصل الكتاب من تصنيف أبي يوسف (قوله ووجب للمشتري الخ) اقول فيه شيء الآن يكون وجب بمعنى ثبت

وزيادته من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء ملاء أبي يوسف في هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغيره محمد تبركاه
ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم (ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل) ذكره هنا ثلاث
مسائل الاولى ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يحك خلافاً والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد
اختلفوا فيه فاما باطل لان الاولى فلان هذه اللفظة مشتبهة لاشتراك وقع في استعمالها فانها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو
ملك البائع غير مضمون عليه وما ليس بضمون على الاصيل لا تصح الكفالة به وقد تقع على العقد لانها مأخوذة من العهد والعهد
والعقد واحد وقد تقع على حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى
خيار الشرط كما جاء في الحديث عهددة الرقيق ثلاثة أيام أي خيار (٤٣٥) الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الحمل به

عليه فصار مبهما تعذر
الحمل به وأما جواز الثاني
أي ضمان الدرك فان العرف
فيه استعماله في ضمان
الاستحقاق فصار مبينا له
فوجب الحمل به وأما الثالث
فأبو حنيفة رحمه الله قال
هو عبارة عن تخلص
المبيع وتسليمه لاحالة أي
على كل حال وتقدير وهو
التزام ما لا يقدر على الوفاء به
لانه ان ظهر مستحقا فربما
لا يساعده المستحق أو حرا
فلا يقدر مطلقا والتزام
ما لا يقدر على الوفاء به باطل
وهما جعلاه بمنزلة الدرك
تصحح للضمان وهو تسليم
المبيع ان قدر عليه
أو تسليم الثمن ان عجز عنه
وضمان الدرك صحيح وأجيب
بأن فراغ الذمة أصل فلا
تشتغل بالشك والاحتمال
ذكر أبو زيد في شروطه

(ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل) لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك
القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل
ذلك وجه فتعذر العمل به بخلاف الدرك لانه استعمال في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص
لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخلص المبيع وتسليمه لاحالة وهو غير قادر عليه
وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فصح

أي عبد الله الزعفراني تلميذ محمد بن الحسن فانه غير ترتيب محمد الى ما هي عليه الآن وانما سماه محمد
بالزيادات لان أصول أبوابه من أمالي أبي يوسف فكان محمد يجعل ذلك الباب من كلام أبي يوسف أصلا ثم
يزيد عليه بقرع بعتيمه (قوله) ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل لان هذه اللفظة
مشتبهة المراد فانها (تقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه) وقال الشيخ أبو بكر الرازي هو
كتاب الشراء وهو ملك المشتري فهو بمنزلة من ضمن له رجل ملكه وفي بلادنا يقال لخاص منه وهو مكتوب
شراء الجوارى وتقال لنفس العقد لان العهد من العهد كالعقد من العقد والعهد والعقد واحد
وتقال على حقوق العقد لانها من ثمراته وعلى خيار الشرط وهي في الحديث عهددة الرقيق ثلاثة أيام أي خيار
الشرط فيه ولكل ذلك وجه قديما واذا تعددت المذاهب تعذر العمل بها قبل البيان (بخلاف) ضمان
(الدرك) فانه استعمال في ضمان الاستحقاق عرفا) فلا تعذر وذكر بعض المشايخ ان عند أبي حنيفة
ضمان العهدة هو ضمان الدرك (ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة لانه عبارة عن تخلص
المبيع وتسليمه وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع) ان قدر عليه
(أو) تسليم (قيمه) وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي الخصاص أن تفسير الخلاص والدرك
والعهد واحد عند أبي يوسف ومحمد يعني فيكون صحيحا لانه ضمان الدرك عندهما تصحح الكلام
فتمت اللفاظ ثلاثة ضمان الدرك جائز بالاتفاق وضمان العهدة لا يجوز باتفاق ظاهر الرواية وضمان
الخلاص مختلف فيه في ظاهر الرواية وقد ذكر أبو زيد في شروطه أن أبو حنيفة وأبو يوسف كانا يكتبان
في الشروط فمأدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن وان لم يذ كر رد الثمن فسد لانه يبقى
الضمان بتخلص المبيع وعلم من هذا أن الخلاف فيما اذا ذكر ضمان الخلاص مطلقا أما اذا قال
خلاص المبيع أو رد الثمن أو اراد ذلك واتفقا على ارادته فيجوز بالاجماع

ان أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله كانا يكتبان في الشروط فمأدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن فهذا يشير الى ان
بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا اما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز تقييل وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر لان الواجب عند
العجز عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بأن المراد به الثمن مجازا شهرة أمر ممتعة وبلاغة التركيب باستعمال المجاز
فيما لا يتبس فضيلة هذا ما يدل عليه كلام المصنف وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي الخصاص ان تفسير الخلاص والدرك
والعهد واحد عند أبي يوسف ومحمد وهو تفسير الدرك وهذا يدل على ان الخلاف في العهدة أيضا ثابت وذكر في الفوائد الظهيرة
وأما ضمان العهدة فقد ذكره هنا في الجامع الصغير انه باطل ولم يحك خلافاً وذكر بعض مشايخنا ان عند أبي حنيفة ضمان
العهد ضمان الدرك وهو خلاف ما ذكره المصنف فكانت اعتمد على ما في الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف
والله أعلم بالصواب

﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد طبعاً آخر وضع المناسب الوضع الطبع قال (واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه الخ) اذا اشترى الرجلان عبداً بألف فالدين عليهما لا محالة فان كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزدهما على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد من الشريكين في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيلاً لا أدى النصف الآخر كفيلاً فما أدى الى تمام النصف كان عملاً عليه بحق الاصله صرفاً الى أقوى ما عليه كالواشترى ثوباً وعشرة دراهم بعشرين درهماً فنقد في المجلس عشرة جعل المنقود عن الصرف لان الواجب به أقوى لحاجته الى القبض (٤٣٦) في المجلس وما عليه بحق الاصله أقوى لانه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبه لادين

﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

(واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه كما اذا اشترى بـ ألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزدهما على النصف فيرجع بالزيادة) لان كل واحد منهما ما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيلاً ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصله وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبه ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع لان أدائه ثابته كادائه

﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

لما نزل هذا مما قبله منزلة المركب من المفرد ذكره عقبيه (قوله) واذا كان الدين على اثنين بأن اشترى بـ ألف درهم (أو اقترضهما) (وكفل كل منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزدهما على النصف فيرجع بالزيادة) وجهه أن أحدهما (ان كلاهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيلاً ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصله وما عليه بحق الكفالة) لقوة الاول وضعف الثاني (لان الاول دين) عليه (والثاني مطالبه) بلادين (ثم هو تابع) فوجب صرف المؤدى عن الأقوى ثم دعيه على الاضعف على ما هو مقتضى العقل والعادة لا يقال ان هذا يقتضي أن على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة يكون المؤدى بينهما كما هو قول طائفة من مشايخنا ونقله ابن قدامة عن الأئمة الثلاثة لهذا لأن يصرفه بنيتة أو بلفظه الى أحدهما لانا نقول الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا فان الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الاصله الا ترى ان المريض اذا اشترى في مرض موته شيئاً كان من جميع المال ولو كفل كان من الثلث وأيضاً واشترى المريض وعليه دين جاز ولو كفل وعليه دين لا يجوز وأما كونه بصرف بنيتة قلنا التعيين في الجنس الواحد لغو وهذا دين واحد حتى لو كان نصف الدين بقرض مثلاً ونصفه ببيع وعين صح اذ في الجنسين يمتنع تعيينه لانه حينئذ مفيد ثابتهما (انه لو وقع في النصف عن صاحبه) لكفالة كان له أن يرجع عليه به (فلصاحبه أن يرجع) بعين ما يرجع عليه به المؤدى (لان أدائه ثابته) يعني كفيله بأمره (كادائه) بنفسه ولو أدى بنفسه يرجع فكذلك ثابته لكن اذا جعله كله

وهي تابعة للدين لا بتناهما على الدين فان المطالبة بالدين بدون الدين غير متصورة فلا يعارضه بل يرجع الدين عليه او يصرف المصروف اليه الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لا معارضة ان لم يكن عليه فيما بحق الاصله متى قانقني المعارضة بانتفاء أحد المتعارضين وفي النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحاً لا انتفاءه (قوله ولانه) دليل آخر على ذلك أورده بقياس الخلف فانه جعل نقيض المدعى وهو الرجوع على صاحبه مستلزماً لمحال وهو الرجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه قال لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع عليه لكن ليس لصاحبه أن يرجع عليه لانه يؤدي الى الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله (لان أدائه

ثابته كادائه) بيان للضرورة وتقريره ان صاحب المؤدى يقول له أنت أديته عني بأمرى فيكون ذلك كادائي ولو أديت عن نفسي كان لي ان أجعل المؤدى عنك فان رجعت على وأنا كفيلاً عنك فانا أجعله عنك فأرجع عليك لان ذلك الذي أديته عني

﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

(قوله وفي النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحاً لا انتفاءه) أقول ضميراً انتفاها راجع الى المعارضة وضميراً لا انتفاءه راجع الى أحدهما (قوله مستلزماً لمحال وهو الرجوع صاحبه عليه) أقول قوله وهو راجع الى محال قال المصنف (لان أدائه ثابته كادائه فيؤدي الى الدور) أقول في الملازمة ما لا يخفى قوله لانه أدائه ثابته كادائه ان أريد كادائه عن نفسه بحق الاصله أو ما يعمه فسلم ولا يبعد وان أريد كادائه بحق الكفالة فممنوع وكيف يكون أدائه كفيله عنه كادائه عن كفيله فليست أمثل

فهو أدنى في التقدير فلو أديت حقيقة رجعت عليك ففي تقدير أدنى كذلك والشريك الآخر يقول مثل ما قال فأدى إلى الدور ولم يكن في الرجوع فائدة فبعض المؤدى عن نصيبه خاصة إلى تمام النصف لمنقطع الدور بخلاف الزيادة على النصف فإنه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه أن يرجع عليه إذ ليس على الشريك بحكم الأصل (٤٣٧) إلا النصف فيفيد الرجوع (وإذا كفل

رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه) بكل المال وعن الأصيل كذلك فاجتمع على كل واحد من الكفيلين كفالتان كفالة عن الأصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما بمطالبة له على الأصيل وأخرى على الكفيل فصح الكفالة عن الكفيل لأن موجب الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطابته فصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الأصيل وكما تصح حوالة المختال عليه بما التزم على آخر وهو معنى قوله ومعنى المسئلة في الصحيح (وكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان المؤدى أو كثيرا) لأن ما أدى أحدهما وقع شائعاً عنهما ما إذا كفل رجلا عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا أو كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالشريك والمطالبة متعددة من غير نظر إلى أنهما مع الدين أولا (فتجتمع الكفالتان وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل) لأنه التزام ما على الكفيل من المطالبة بما كفل به (كما تصح عن الأصيل) بالتزام المطالبة بما عليه (وكما تصح الحوالة من المختال عليه) للمحال بما أحيل به عليه على آخر (وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما إذا كفل كفالة) ما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر (فلان رجوع البعض على البعض) ليقع النصف الأول عن نفسه خاصة (بخلاف ما تقدم) وإذا لم يرجع ما عليه من جهة المدون وما عليه من جهة الكفيل الآخر (فبرجع على شريكه بنصف جميع ما أدى ولا يؤدي إلى الدور لأن قضية هذا الاستواء) للاستواء في العلة وهي الكفالة (وقد حصل الرجوع أحدهما) وهو المؤدى بنصف ما أدى فتقضى الرجوع غير المؤدى بالماوجب بخلاف ما تقدم (لا استواء فيه في العلة فإن أحدهما علمته أقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستومجها فلذا يرجع الإجماع على

فيؤدي إلى الدور (وإذا كفل رجلا عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان أو كثيرا) ومعنى المسئلة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الأصيل وكما تصح الحوالة من المختال عليه وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما إذا كفل كفالة فلا ترجع البعض على البعض بخلاف ما تقدم فبرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي إلى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل الرجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض رجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

عن صاحبه فتقول بذلك ليرجع بجميع ما رجع به صاحبه والالم يكن له أن يرجع إلا بنصف ما رجع به صاحبه بيانه أدى الأول مائتين برجع بنصفها لأنه في إحدى المائتين أصيل فإذا رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكتلتها إلا إذا اعتبر نفسه مؤدياً كماها عن صاحبه المؤدى حقيقة والالم يرجع إلا بنصفها لأنه لو أداهما حقيقة بنفسه انصرف منهما خسون إلى ما عليه أصالة وخسون إلى ما عليه كفالة وانما يرجع بما عليه من الكفالة (فيؤدي إلى الدور) وما يؤدي إليه ممتنع فممتنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه والاعتبار حكم الشرع إذا الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع وقد علمت أنه امتنع للدور واعلم أن ليس المراد حقيقة الدور فإنه توقف الشيء على ما يتوقف عليه ورجوع المؤدى ليس متوقفاً على رجوع صاحبه بل إذا رجع لا ترو أن يرجع ولا يلزم كونه في مال واحد بل إن شاء أعطاه ما أخذ منه فإذا رجع الآخر استفاده أو أعطاه غيره وكذا الأول فاللزم في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فممتنع الرجوع المؤدى إليه والحق أن هذا الوجه باطل لأن رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يسوغه شرعاً اعتبار المؤدى عنه أنه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى لأنه اعتبار باطل يؤدي إلى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى إلى الطالب وهو نقض ما يطع به من الشرع أن المؤدى هو الذي يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى وكيف يكون أداء الإنسان عن غيره سبباً لأن يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر هذا مجازفة عظيمة (قوله) وإذا كفل رجلا عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا أو كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالشريك والمطالبة متعددة من غير نظر إلى أنهما مع الدين أولا (فتجتمع الكفالتان وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل) لأنه التزام ما على الكفيل من المطالبة بما كفل به (كما تصح عن الأصيل) بالتزام المطالبة بما عليه (وكما تصح الحوالة من المختال عليه) للمحال بما أحيل به عليه على آخر (وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما إذا كفل كفالة) ما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر (فلان رجوع البعض على البعض) ليقع النصف الأول عن نفسه خاصة (بخلاف ما تقدم) وإذا لم يرجع ما عليه من جهة المدون وما عليه من جهة الكفيل الآخر (فبرجع على شريكه بنصف جميع ما أدى ولا يؤدي إلى الدور لأن قضية هذا الاستواء) للاستواء في العلة وهي الكفالة (وقد حصل الرجوع أحدهما) وهو المؤدى بنصف ما أدى فتقضى الرجوع غير المؤدى بالماوجب بخلاف ما تقدم (لا استواء فيه في العلة فإن أحدهما علمته أقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستومجها فلذا يرجع الإجماع على

برجع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض رجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

قال المصنف (وبالكل عن الشريك) أقول فيه بحث قال المصنف (فتجتمع الكفالتان على ما مر) أقول قبل ورقتين في تعليل قوله ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلاً آخر فهما كفيلان

لأن كل واحد منهما يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشراؤه بنفسه ونصفه بكفالة عن شريكه وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدي إلى الدور كما تقدم وانما قال في الصحيح ليتأني القروع المبينة على ذلك فانه قال (ثم يرجعان على الاصيل لانهما أدبا عنه أحدهما بنفسه والاخر بذاته) ولولم يكن كل منهما كفيل عن الاصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لانهما اوقال (وان شاء) يعني من أدى منهما شيئا (رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بأمره) ولو كان أحدهما كفيل عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الاصيل وقال (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بأكمله (٤٣٨) على ما بيناه) من قوله أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وانهذا أخذ به وهو ظاهر

قال (واذا افرق المتفاوضان فلا صحاب الدين أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين الخ) اذا افرق المتفاوضان وعليهما دين فلا صحابه أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع ذلك فان أدى أحدهما شيئا لم يرجع على شريكه بشئ حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لانها تنعقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة وحينئذ كان للغير ما أن يطالبوا أيهما شاءوا بجميع الدين لان الكفالة تثبت بعقد المفوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق فاذا طلبوا أحدهما وأخذوا الدين منه ليس له أن يرجع على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة الخ) واذا كوتب العبدان كتابة واحدة واحدة

ثم يرجعان على الاصيل لانهما أدبا عنه أحدهما بنفسه والاخر بذاته (وان شاء رجعا بالجميع على المكفول عنه) لانه كفل بجميع المال عنه بأمره قال (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بأكمله على ما بيناه وانهذا أخذ به قال (واذا افرق المتفاوضان فلا صحاب الدين أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين) لان كل واحد منهما ما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف) لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجعا على صاحبه بنصفه) ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطر يقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقه ما ملقا بأدائه ويجعل كفيل بالالف في حق صاحبه

النصف وهذا الفرق باعتبار الوجه الاول في المسئلة الاولى ولو كان الوجه الثاني صحيحا لم يقع فرق باعتباره لان مسوغ رجوع المؤدى عنه اعتبار نفسه أدى ما أداه عنه المؤدى واحتماله به عن المؤدى وهذا يمكن هنا بعينه بأن يقول هذا الذي ترجع على به بسبب أنك أدبته عني هو كادائي بنفسه فكأنى أنا الذي أدبته واحتملته عنك فأنأرجع عليك به ولا شك في بطلان هذا فلا يقع الفرق الا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الاول (ثم يرجعان) يعني الكفيلين المتكافلين (على الاصيل لانهما أدبا عنه أحدهما بنفسه والاخر بذاته وان شاء رجعا الكفيل المؤدى بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بأمره) ثم أداه (ولو أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بأكمله) (قوله) واذا افرق المتفاوضان فلا صحاب الدين أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين لان كل واحد منهما ما كفيل عن صاحبه على ما عرف في (الشركة) من ان شركة المفوضة تنعقد على وكالة كل منهما عن الآخر وكذلك كل عن الآخر الا بالاستثنى (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين) المدونين بدين واحد والله الموفق (قوله) واذا كوتب العبدان كتابة واحدة) بأن قال مثلا كاتبك على ألف الى عام (وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجعا بنصفه على صاحبه ووجهه ان هذا العقد) وهو عقد الكفالة (جائز استحسانا) خلافا للائمة الثلاثة كلوا كانت الكفالة واحدة فقط ولانه كفالة تبطل الكتابة وهو باطل وأيضا شرط فيه كفالة المكاتب وهو باطل والكتابة تبطل بالشروط الفاسدة ووجه الاستحسان

وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه صحت ذلك استحسانا والقياس بخلافه لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة تبطل بالكتابة وكل واحد منهما على انفراده باطل فعند الاجتماع أولى أن يكون باطلا أما بطلان كفالة المكاتب فلان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه وأما بطلان الكفالة ببطلان الكتابة فلما مر من أنها تقتضي ديناً صححاً او بطلان الكتابة ليس كذلك ووجه الاستحسان أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقه ما ملقا بأدائه أي بأداء كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما ما أن أدب الالف فأنكر وهذا وأن يجعل كل واحد منهما كفيل بالالف عن صاحبه

قال المصنف (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) أقول ليس هذا موضع مال (قوله أي بأداء كل واحد منهما) أقول الاولى أن يطرح كلمة كل فانهم ما يعتقان بأداء واحد منهما

كاسند كره في المكاتب وهذا انما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قد سبق او اما اذا اختلفت الكتابتان فان عتق كل واحد منهما تعلق بمال على حدة فتعذر تصحيحه بهذا الطريق واذا عرف ذلك عرف استوائهما في الوجوب عليهم بالاستتواء في العلة اعني الكفالة فكان كل البذل مضمونا على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البذل فمأداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل أو لم يرجع بشئ لان نفقت المساواة ولو لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما صح العتق لمصادفة العتق ملكه وبرئ المعتق عن النصف لانه مارضى بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل رقبته ما حتى يكون موزعا منقسما عليهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فكان ضرور بالابتعاد غير موضعها واذا أعتق استغنى عنه (٤٣٩) وانتفى الضرورة فاعتبره مقابل رقبتهما

ولهذا ينصف وعورض بأنه اذا كان مقابلا لم يكن على كل واحد منهما بعضه فيجب أن لا يصح الرجوع ما لم يرد المؤدى على النصف لئلا يلزم الدور كما مر وأجيب بأن الرجوع بنصف ما أدى انما هو للتحرز عن تفريق الصفقة على المولى لان المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص برئ اداءه عن نصيبه وعتق لان المكاتب اذا أدى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهم أن يؤديا جميعا ويعتق جميعا فكان في التخصيص اضرار للمولى بتفريق الصفقة فأوقفنا المؤدى عنهما جميعا واذا بقي النصف على الآخر فلم يولى أن يأخذه أي ما شاء أما المعتق فبالكفالة وأما صاحبه فبالاصالة قبل أخذ المعتق بالكفالة تصحيح الكفالة يبدل الكتابة

وسند كره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فمأداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا تحقق المساواة قال (ولو لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه مارضى بالانضمام المال الا ليكون وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل رقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبره مقابل رقبتهما فمأداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه بما يؤدي لانه مؤد عنه بأمره وان أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشئ لانه أدى عن نفسه والله أعلم

باب كفاية العبد وعنه

انه يمكن أن يعتبر به وجهه بصره فيجعل عليه وهو أن يجعل المال على أحدهما وعتق الآخر معلقا بأدائه كما في الولد المولود في الكتابة فيجعل كل منهما في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلقا بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الاصل لا الكفالة وفي الحقيقة المال مقابل بهما ما فينقسم عليهم ما بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل منهما معلق بماله عليه على حدة فتعذر تصحيحه وفيما وراء ذلك الاعتبار الصحيح الحقيقة هي المعتبة حتى ان مأداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما (ولو لم يؤديا شيئا) حتى ان المولى (أعتق أحدهما جاز لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه مارضى بالانضمام المال الا ليكون وسيلة الى عتقه ولم يبق وسيلة) لحصول عتقه بطريق آخر (فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل رقبتهما وانما جعل على كل منهما احتيالا لتصحيح الضمان) والحامل علمه تشوف الشارع الى العتق (فأذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبره مقابل رقبتهما فوجب أن ينصف وللولي أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أي ما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة) وأورد عليه انه يستلزم كون الرقيق ضامنا لبذل الكتابة وهو لا يجوز أجيب بأن هذا في حالة البقاء لا في الابتداء كالمومات شهود النكاح (فان أخذ الذي عتق رجع على صاحبه بما أدى وان أخذ الآخر لم يرجع) على الذي عتق (لانه) رعا (أدى عن نفسه)

باب كفاية العبد وعنه

وهي باطلة وأجابوا بأن كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت فان أخذ الذي أعتقه رجع على صاحبه بما أدى لانه أداه عنه بأمره وان أخذ صاحبه لم يرجع عليه بشئ لانه أدى عن نفسه

باب كفاية العبد وعنه

حق هذا الباب التأخير لان العبد متى أخر عن الحرام انشرفه واما لان الاصل في بني آدم هو الحرية ووضع ترتيبه يقتضي تقديم كفاية العبد في البحث ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه

باب كفاية العبد وعنه

(قوله ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق) أقول وبدا بالكفالة عن العبد للقرب (قوله وفيه ما فيه) أقول فان عادة المصنفين ذكر الاجمال على وفق التفصيل وفيه منع

قال (ومن ضمن عن عبدا لا لا يجب عليه الخ) قوله لا لا يجب عليه صفة مالا وجواب المسئلة قوله فهو حال وعدل عن عبارة محمد رحمه الله في الجامع الصغير وهي قول محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في العبد الذي يستملك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غير حال الى عبارته في الكتاب لان عبارة محمد تحتاج الى تأويل فان العبد اذا استملك المال عيانا يؤخذ به في الحال قال فخر الاسلام مراده اذا أقر بالاستهلاك وكذبه المولى وقال بعضهم مراده العبد المحجور عليه البالغ اذا أودع مالا فاستهلكه فانه لا يؤخذ به في الحال بل بعد الاعتاق عن أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وأما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبدا لا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره (٤٤٠) فلا يحتاج الى شيء لتناوله ما اذا أقر العبد باستهلاكه الحال وكذبه المولى أو أقرضه

انسان أو باعه وهو محجور أو وطئ امرأة بشبهة غير اذن المولى أو أودعه انسان فاستملكه فانه لا يؤخذ بذلك كله الحال أما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلانه كفل بمال مضمون على الاصيل مقدور التسليم للكفيل فتصح كفاي سائر الديون سواء كانت في ذمة المولى أو المفلس وأما كونها حالا فلان المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة لكن لا يطلب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسر اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضى وصار كالكفالة عن غائب تصح ويؤخذ به الكفيل حالا وان عجز الطالب عن المطالبة الاصيل وكالكفالة عن مفلس بتشديد اللام فانها تصح ويؤخذ به الكفيل في

(ومن ضمن عن عبدا لا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال) لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا أنه لا يطلب لعسره اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر عن خرجه اذا أدى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه (ومن ادعى على عبدا لا وكفل له رجل بنفسه فبات العبد برئ

آخر ما يتعلق به لتأخره بالرد بالرق (قوله ومن ضمن عن عبدا مالا) موصوفا بكونه (لا يجب على العبد حتى يعتق) كأن أقر باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور فانه لا يجب عليه الا بعد عتقه وكذا اذا أودع شيئا فاستهلكه أو وطئ امرأة بشبهة غير اذن المولى بخلاف ما لو كان استهلاكه لئال معاينته لوما فانه يؤخذ به في الحال فاذا كفل رجل عن العبد بالمال الذي لا يجب عليه الا بعد الحرية من غير أن يشترط في الكفالة تأجيلا (و) هذا هو المراد بقوله (لم يذ كر حالا ولا غيره لازم) الكفيل (حالا لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول الذمة) وعدم الاجل وكيف والعتق لا يصلح أجالا لجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع أصلا (و) انما (لا يطلب به لعسره اذ جميع ما في يده ملك المولى لم يرض بتعلقه به) أي يتعلق الدين بملكه (والكفيل غير معسر) فالمانع الذي تحق في الاصيل منتف من الكفيل مع وجود المقتضى وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به في الحال (فصار كالوكف) ل عن مفلس أو غائب (يلزمه في الحال مع أن الاصيل لا يلزمه وهذا أحسن في حياول هذه الكفالة بخلاف وجه تأخير الدين الى العتق وهو العسر وعدم رضا المولى فانه لو تم لزمن تأخير دين الاستهلاك المعين لعسره وعدم رضا المولى بل الوجه عدم نفاذ تصرف غير المولى في حقه بما يضره أعني تصرف المقرض والبائع للعبد ولم يرض بايداع المودع عند عبده ولا بتسكين المرأة وعدم نفاذ قول العبد في حق المولى اذا كان يكذبه بخلاف الاستهلاك المعين فانه ليس فيه أحد هما فينفذ في حقه دفعا لضرر لم يتسبب فيه على نفسه فيجب الدين في الحال فيؤخذ من كسبه ان كان له كسب والاتباع رقبته فيه الا أن يفديه المولى هذا هو المرجع في قول محمد في العبد الذي يستملك المال الذي لا يجب حتى يعتق (بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر عن خرجه) صحيح ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعين ينبغي أن يرجع قبل العتق اذا أدى لانه دين غير مؤخر الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه وبحيث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الامر بالكفالة من العبد أو السيد وقوى عندي كون المعتبر امر السيد لان الرجوع في الحقيقة عليه (قوله ومن ادعى على عبدا لا وكفل له رجل بنفسه فبات العبد برئ

الحال وان كان في حق الاصيل متأخرا الى الميسرة فان قيل اذا لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم يجعل هذا الكفيل بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضا الا بعد الاجل أجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر يعني ان الدين ثمة تأخر عن الاصيل بمؤخر أي بأمر يوجب التأخير وهو التأجيل لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا وقد التزم الكفيل ذلك فزمنه مؤجلا ثم اذا أدى الكفيل رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال (ومن ادعى على عبدا مالا الخ) الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حرا أو عبدا فانه عبوته يبرأ

(قوله الى عبارته في الكتاب) أقول قوله الى متعلق بقوله عدل في قوله وعدل عن عبارة محمد

الكفيل لبراءة الاصيل كالمو كان حرا وذكروه تهيدا لقي بعدها وليان الفرق بينهما (فان ادعى رقبة العبد على ذى اليد فكفل به رجل
فبات العبد فاقام المدعى البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقبة على وجه يخلفها القيمة) عند العجز عن ردها
واذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة (٤٤١) بما على الاصيل وقد انتقل

الضمان في حق الاصيل
الى القيمة فكذا في حق
الكفيل بخلاف الاول أى
الضمان الاول لان محل
ما التزمه وهو العبد قد
فات وسقط عن العبد
تسليم نفسه فكذا عن
كفيله وانما قيده باقامة
البينة احترازا عما اذا
ثبت المالك له باقرار ذى
اليده أو بشكوه عن البين
حيث تقضى بقيمة العبد
المبت على المدعى عليه
ولا يلزم الكفيل لان
الاقرار حجة قاصرة الا اذا
أقر الكفيل بما أقر به
الاصيل قال (واذا
كفل العبد عن مولاه
بأمره الخ) اذا كفل
العبد عن مولاه بأمره
فالحال لا يختلف اما ان
يكون عليه دين مستغرق
أولا فان كان الاول لم تصح
كفالة لحق الغرماء وان
كان باذن المولى وان كان
الثانى صححت ان كانت بأمره
لان مالته لمولاه فله أن
يجعلها بالدين بالرهن
والاقرار بالدين واذا كفل
المولى عن عبده فهى
صححة سواء كانت بالنفس
أو المال مدبونا كان العبد

الكفيل) لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول عنه بنفسه حرا قال (فان ادعى رقبة العبد فكفل به
رجل فبات العبد فاقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته) لان على المولى ردها على وجه يخلفها
قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف
الاول قال (واذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأداه أو كان المولى كفل عنه فأداه بعد العتق
لم يرجع واحد منهما على صاحبه) وقال زفر يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى
تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بأمره أما كفالته عن العبد فتصح على كل حال لانه تحقق
الموجب الرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع
لان المولى لا يستوجب على عبده ديناً وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبداً لكن كفل عن غيره
الكفيل لبراءة الاصيل) وهو ظاهر لا فرق في ذلك بين كون المكفول به حرا أو عبداً وانما فرضناه في العبد
ليرتب عليه مسئلة دعوى الرقبة وهى قوله (فلو كان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فبات العبد فاقام
المدعى البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد رقبة العبد على وجه يخلفها قيمتها وقد
التزم الكفيل ذلك وبعد الموت القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل) فهو كالمو كفل بالمعصوب
حيث يؤخذ برده عنه فان عجز بقيمتها فخالصه انه كفل بمال هو رقبة العبد والمكفول عنه المولى بخلاف
ماله كفل بالمال الذى على العبد فبات يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد وكذا عن الحر فبات
الحر مفلسا لا يبرأ الكفيل في قولهم جميعا بخلاف من كفل عن المكفول بعد موته على ما تقدم من
الخلافا فيه (قوله) واذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأدى أو كان المولى كفل عن عبده وأدى
بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على الآخر) بشئ (و) نقل (عن زفر رحمه الله) في شرح الجامع
(انه يرجع) قال المصنف (ومعنى الوجه الاول) يعنى ضمان العبد عن سيده (أن لا يكون على
العبد دين حتى تصح كفالته عن سيده) وهذا لان الاصل ان كفالة العبد لا تصح مطلقا لان الكفالة
انما تصح من يصح منه التبرع على ما قدمناه أول الباب فلذا لا تصح من الصبي غير المأذون غير أن أمر
السيد به فافك للعجز عنه فيه فتصح حتى يتابع رقبته في دين الكفالة اذا كفل لغير السيد باذن السيد فاذا
كان على العبد دين لا يملك السيد مالته لتعلق حق الغرماء بها فلا يعمل أمره اياه بالكفالة بخلاف
ما اذا لم يكن عليه دين فان لمولاه الحق في مالته فيعمل اذنه له في أن يكفل عنه وفي بعض نسخ الهداية
ومعنى المسئلة أن يكون عليه دين وليس صححة لما بينا أما كفالة السيد عن العبد فصحة على كل حال
سواء كان على العبد دين أولا فان قبل دين العبد الذى يظهر في حق المولى يقضى من مالته وهى ملك
المولى فأى فائدة في هذه الكفالة أجيب بأن الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين أو لا معه ليقضى
من جميع أمواله بخلاف ما اذا لم يكفل فانه لا يلزمه عينا الا أن يسلمه لبيع وقد لا يفي ثمنه بالدين فلا يصل
الغرماء الى غم الدين وبالكفالة يصلون (لزفر رحمه الله) انه تحقق الموجب الرجوع وهو الكفالة
بأمره والمانع وهو كونه عبده) ولا يستوجب واحد من السيد والعبد ديناً على الآخر (قد زال)
بالعتق فان الاداء منهما بعده فيجب الرجوع (ولنا انها وقعت) من كل منهما (غير موجبة للرجوع) بما
قلنا ان واحد منهما لا يستوجب ديناً على الآخر (فلا تنقلب موجبة أبداً لكن كفل عن غيره

(٥٦ - فتح القدير خامس) أو غير مدبون فاذا صححت الكفالة وأدى العبد ما كفل به بعد عتقه أو أدى المولى ذلك بعد
عتق عبده لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر يرجع لان الموجب الرجوع وهو الكفالة بالأمر تحقق والمانع وهو الرق قد زال
وقلنا هذه الكفالة قد انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد لا يستوجب على مولاه ديناً اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى
لا يستوجب على عبده ديناً بحال وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة أبداً لكن كفل عن غيره

بغير أمره فبلغه فأجاز فان التكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل بشئ لذلك وفوقض بأن الراهن اذا أعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين فانه يرجع به على المولى مع أن العبد هنالك لا يستوجب ديناً على مولاه وأجيب بأنه مغالطة فان كلامنا في أن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً وفيماد كرت الحر يستوجب ديناً لأن استيجاب الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه ولا تجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة تكفيل به حر أو عبد وانما قال بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البديل وكل دين يكون للمولى عليه أيضاً غير بدل الكتابة أما في بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر لثبوته مع المنافي وهو الرق فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فكان القياس أن لا يصح إيجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا أن المولى لا يستوجب على عبده شيئاً من المال لكن قول القياس بقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقر أى ثابتاً من وجهه دون وجهه فلا يظهر في حق صحة الكفالة لاقتضاء ما دينا مستقر لان التوثيق المطالبة وإذا كان غير مستقر جاز أن يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة بل قد تكون هزواً ولعياً (قوله ولانه) دليل آخر على عدم استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين ما لا يسقط الا بالاداء أو الابرار وقوله (ولا يمكن اثباته) دليل (٤٤٣) آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببديل الكتابة وتقريره أن الكفالة ان صحمت به فلا

يخلو اما أن يكون ثبوته على التكفيل على وجه ثبوته على الاصيل وهو أن يسقط بتجيز التكفيل نفسه كما يسقط بتجيز الاصيل نفسه أو مطلقاً ولا سيول الى كل واحد منهما أما الاول فظاهر لان الاصيل بتجيز نفسه يرد رقيقاً لمولاه كما كان والتكفيل ليس كذلك وأما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لان من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة تحقيقاً لمعنى الضم ونقياً للزيادة على الملتزم ألا ترى ان الدين لو كان على الاصيل مؤجلاً كان على التكفيل كذلك في الكفالة المطلقة ولو كان جيداً أو زبناً على

بغير أمره) فبلغه (فأجاز فأدى الكفيل لا يرجع) لان معنى الامر وان تحقق في حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع لان الاصل ان ما يقع لازماً لا يكون لبقائه حكم الابتداء وهذه الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة للرجوع لما قلنا من أن كل واحد من السيد والعبد لا يستوجب على الآخر ديناً الا أن يكون العبد مدبوناً خفيئاً مذنباً له الدين على السيد وإذا وقعت غير موجبة فلا انقلب موجبة كان في حال البقاء وليس لبقائه حكم الابتداء لانها تقع لازمة وقد تطلب بالفرق بين هذه وبين الراهن اذا أعتق العبد الرهن وهو معسر فان العبد يسعى في ذلك الدين ثم يرجع به على سيده فلم لا يرجع هنا أجيب بأن استيجاب الدين على مولاه وقع بعد العتق فلم يكن فيه تنافى وقت استيجاب الدين لحر بينهما اذ كان رجوع على المولى اما هنا فزمان استيجاب الدين وهو زمان الكفالة كان عبداً فيه (قوله ولا تجوز الكفالة ببديل الكتابة حر تكفيل به أو عبد) وكذا لا تجوز بمال آخر للسيد على المكاتب (لانه) أى عقد الكتابة (ثبت مع المنافي) وهو عبديته للسيد المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم وذلك يقتضي نفي الدين للسيد على عبده وان ثبت فأنما ثبت على خلاف القياس بالنص لتحقيق العتق لتشوف الشارع اليه فيقتصر عليه (فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولان المكاتب لو عجز نفسه سقط) هذا الدين (ولا يمكن اثباته) أى اثبات هذا الدين (على هذا الوجه على التكفيل) وهو كونه اذا عجز التكفيل نفسه يسقط عنه (وإثباته مطلقاً) في ذمة التكفيل عن هذا الوصف (ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد) ولو أثبتناه على الاطلاق على التكفيل وعلى

الاصيل كان على التكفيل كذلك والمطلق غير متقدم مع المقيد فلو ألزمناه مطلقاً لزم الزام الزيادة على ما التزم وهو غير ممكنه جائز وأما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز نفسه يسقط عنه بفسخ الكتابة سقوط بدلها لا بتناؤها عليها الاول لاها لم يستوجب المولى عليه شيئاً

(قوله وانما قال بمال الكتابة الخ) أقول فيه رد لصاحب النهاية حيث قال التخصيص بمال الكتابة غير مفيد فانه كما تجوز الكفالة بمال الكتابة عن المكاتب للمولى لا تجوز بدين آخر للمولى سوى بدل الكتابة على المكاتب ذكره في المسوط انتهى الا أن في تعليل مال الكتابة لما سوى بدل الكتابة تأملاً (قوله أما في بدل الكتابة الى قوله وتقريره أن الكفالة ان صحمت الخ) أقول وتقريره الاول عندى ان مال الكتابة دين ثبت مع المنافي في النص وكل ما هو كذلك لا يظهر في غير مورد النص فهذا الدين لا يظهر في حق الكفالة وتقريره الثاني انه دين لو عجز نفسه سقط وكل ما هو كذلك لا يصح الكفالة به لانه لو كان ثبوته على التكفيل على وجه ثبوته على الاصيل والكفالة لتوثيق المطالبة فلا فائدة فيها فليتأمل ثم أقول قوله ولانه دليل آخر على عدم استقراره محل بحث اذا لا يخفى نبوء كلام المصنف عما ذكره بل الظاهر أن قوله ولانه دليل آخر على المدعى وقوله ولا يمكن اثباته تنهيم للدليل والله الهادي الى مستقيم السبيل (قوله أما الاول فظاهر) أقول فيه تأمل (قوله وأما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز الخ) أقول معطوف على ما تقدم بنصف صحيحة وهو قوله أما في بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر (قوله أن ما يقع في نسخة العلامة البحر اوى أن ما لا يقع وكتب عليها بالهامش أصل النسخ بمحذوف لانه في نسخة فليست تأمل مع ما يأتي اه

(وبدل السعاية كمال الكتابة) في عدم جواز الكفالة به لاو (على قول أبي حنيفة رحمه الله لكونه ديناً غير مستقر لثبوتها مع المنافي) لما ان أحكام المستسمى أحكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتزوج المراتين وتنصيف الحد ودود وغيرهما وعلى قوله ما تصح لان بدل الكتابة لم يكن مستقر السقوطه بالتعجز وهو في السعاية لا يتحقق فكان كالحرم المديون والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب الحوالة ﴾

الحوالة تناسب الكفالة من حيث ان فيها التزاما بما على الاصيل كما في الكفالة ولهذا جاز استعارة كل منهما لالاخر اذا اشترط موجب احدهما للآخر عند ذكر الاخرى ولكنه اخرج الحوالة لانها تتضمن براءة (٤٤٣) الاصيل والبراءة تنفوق الكفالة

فكذا ما يتضمنها والحوالة في اللغة هي النقل وحروفها كيفما تركبت دارت على معنى النقل والزوال وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الاصيل الى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثيق به وأما شرطها فنسند كره في أثناء الكلام وكذا حكمها وأنواعها

﴿ كتاب الحوالة ﴾

قال في البدائع الاصل أن كل ما لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به انتهى لا تصح الحوالة به انتهى وفي التتارخانية أنه يجوز إحالة المكاتب سيده على رجل مقيم بدين أو غصب أو ودعية وإذا صححت الحوالة برئ المكاتب وعق وقال فيه وإن أقال سيده غريمه على مكاتبه ولم يقيده ببديل الكتابة لا تصح وإن قيد ببديل الكتابة صححت وصار

المكاتب وكيلًا عن السيد باداء بدل الكتابة الى غريمه ولا يعتق ما لم يؤد فان مات سيده قبل الاداء الى آخر ما ذكر في التتارخانية قال الاتقاني يحتاج ههنا الى معرفة أربعة أشياء المحيل وهو الذي عليه الدين والمحتال له وهو الدائن والمحتال عليه وهو الذي قبل الحوالة والمحتال به وهو المال انتهى وفي معراج الدراية يقال أحلت زيداً بماله على رجل فاحتال أي قبل فأنما يحيل وزيد محال ومحتال والمال محال به والرجل محتمل عليه ومحال عليه وتقدير المحتال في الفاعل على محتمل بكسر الواو وفي المفعول بالفتح وقوله لهم للمحتال له لغولانه لاجابة الى هذه الصلة ويقال للمحتال حويل (قوله والبراءة تنفوق الكفالة) أقول اذا لم يكن بأمر (قوله وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين الخ) أقول هذا التعريف بناء على الصحيح مما اختلف فيه المشايخ على ما سيجي

وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة لانه كالمكاتب عنده

﴿ كتاب الحوالة ﴾

تمكينه من اسقاطه على الاصيل لم يتعهد الدين عليهما (وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة رحمه الله لانه كالمكاتب عنده) للعلة الاولى لان له أحكام العبد عنده حتى لا تقبل شهادته ولا يتزوج أكثر مننتين وينصف حده وقسمه اداون العلة الثانية اذا لا يقدر على أن يقطع عنه دين السعاية بتعجز نفسه وعندهما تصح الكفالة به لانه حرم مديون عندهما وأما الكفالة للمكاتب بدين له على السيد ليس من جنس بدل الكتابة بخاتمة وأما العبد التاجر اذا كان مولاه ديناً فان لم يكن على العبد دين وأخذ منه كفيلة فالكفالة باطلة لان العبد لا يستوجب على مولاه ديناً وان كان عليه دين صححت الكفالة لان كسبه حق الغرماء لا السيد فكان الدين واجبا في ذمته كما في ذمة غيره فصحت الكفالة والكفالة بالنفس مثل ذلك ان لم يكن على العبد دين لا تصح وان كان صححت

﴿ كتاب الحوالة ﴾

الحوالة تناسب الكفالة لان كلا منهما عقد التزام ما على الاصيل للتوثيق الا أن الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة على ما سنعلم بخلاف الكفالة لا تتضمنه فكانت كالركب مع المفرد والمفرد مقدم فأخرج الحوالة عنها وأيضاً أثر الكفالة أقرب الى الاصل وهو عدم السقوط بعد الثبوت وأثر الحوالة أبعد منه والحوالة اسم من الاحالة ومنه يقال أحلت زيداً بماله على عمرو فاحتال أي قبل فأنما يحيل وزيد محال ويقال محتال والمال محتال به والرجل محال عليه ويقال محتال عليه فتقدير الاصل في محتال الواقع فاعلا محتمل بكسر الواو وفي الواقع مفعولاً محتمل بالفتح كما يقدر في مختار الفاعل مختير بكسر الياو وبفتحها في مختار المفعول وأما صـ له مع المحتال الفاعل فلا حاجة اليها بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فوهما محتال ومحتال عليه فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه وفي المغرب تركب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل الى محل ويقال للمحتال حويل أيضاً فالمحيل هو المديون والمحال والمحتال رب الدين والمحال عليه والمحتال عليه هو الذي التزم بذلك الدين للمحتال والمحتال به نفس الدين وهي في الشرع نقل المطالبة من ذمة المديون الى ذمة الملتزم بخلاف الكفالة فانها ضام في المطالبة لا نقل فلا يطالب المديون بالاتفاق وإنما اختلف المشايخ ان الدين أيضاً ينتقل أو لا وسند كره من قريب فلا يريد التعريف على

قال (وهي جائزة بالدينون الخ) الحوالة جائزة بالدينون دون الاغنيان أما الجواز فيبدل عليه النقل والعقل أما الاول فما روى أبو داود وفي السنن وقال حدثنا القعني عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبسع وقال الترمذي في جامعه بعد ما روى الحديث بإسناده إلى أبي هريرة حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه إذا أحيل أحدكم على ملي فليحتل أمره بالاتباع والاتباع بسبب ليس بمشروع ولا يكون ما مورا به من الشارع فدل على جوازها وأما الثاني فلا لأنه قادر على إيفاء ما التزمه وهو ظاهر وذلك يوجب الجواز كالكفالة وأما اختصاصها بالدينون فلا لأنها تنبئ عن التحويل لما ذكرنا والتحويل في الدين لافي (٤٤٤) العين وتقريره الحوالة تحوّل شرعي والتحويل الشرعي انما يتصور في محول شرعي

قال (وهي جائزة بالدينون) قال عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملي فليتبسع ولأنه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختلفت بالدينون لأنها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لافي العين قال (وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه) أما المحتال فلا لأن الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذم متفاوت فلا بد من رضا وأما المحتال عليه فلا لأنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه كره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه

قول الناقلين بخصوصهم قيل نقل الدين أو قول الناقلين قيل نقل المطالبة فقط (قوله وهي جائزة بالدينون) قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبسع متفق عليه وأما بافظ أحيل مع لفظ يتبسع كما ذكره المصنف فرواية الطبراني عن أبي هريرة في الوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطل الغني ظلم ومن أحيل على ملي فليتبسع ورواه أحمد وابن أبي شيبة ومن أحيل على ملي فليحتل قيل وقد روي فإذا أحيل بالفاء فيفيد أن الأمر بالاتباع للملاءة على معنى أنه إذا كان مطل الغني ظلما فإذا أحيل على ملي فليتبسع لأنه لا يقع في الظلم والله أعلم ثم أكثر أهل العلم على أن الأمر المذكور أمر استحباب وعن أحمد لا وجوب والحق الظاهر أنه أمر إباحة هو دليل جواز نقل الدين شرعا أو المطالبة فإن بعض الاملاء عنده من اللدد في الخصومة والتعسير ما تنكبه الخصومة والمضاررة فمن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عذمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم وأما من علم منه الملاعة وحسن القضاء فلا شك في أن اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المدينون والتيسير عليه ومن لا يعلم حاله فباح لكن لا يمكن إضافة هذا التفصيل إلى النص لأنه جمع بين معنيين مجازين للفظ الأمر في إطلاق واحد فان جعل للأقرب أضمر معه القيد والافهود دليل الجواز لا لإلجاء على جوازها دفعا للاجاجة وانما اختلفت بالدين لأن النقل الذي تضمنه نقل شرعي وهو لا يتصور في الأعيان بل المنصور فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين (قوله وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه) أما المحتال فلا لأن الدين حقه وهو (أي الدين) (الذي ينتقل بها) أي بالحوالة (والذم متفاوتة) في حسن القضاء والمطل (فلا بد من رضا) والالزم الضرر بالزامه اتباع من لا يوفيه (وأما المحتال عليه فلا لأنه) الذي (يلزمه الدين ولا لزوم بالاتزامه) ولو كان مدينونا للمحيل لأن الناس يتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ويسر وصعب معسر (وأما المحيل) فالحوالة تصح بلا رضاه كره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو (أي المحيل) لا يتضرر به بل فيه نفعه

وهو الدين لأنه وصف شرعي في الذمة يظهر أثره عند المطالبة فصار أن يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه وأما العين إذا كان في محل محسوس فلا يمكن أن يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لأن الحس يكذب فلا يصدق فيه إلا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه قال (وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه الخ) شرط صحة الحوالة رضا المحتال لأن الدين حقه وهو أي الدين ينتقل بالحوالة والذم متفاوت فلا بد من رضا ولا خلاف في ذلك لأحد من أهل العلم وأما رضا المحتال عليه فهو شرط عندنا وقال الشافعي إن كان للمحيل دين عليه فلا يشترط وبه قال مالك وأحمد لأنه محل التصرف فلا يشترط رضا كإلوا باع عبدا فإنه لا يشترط رضا لأن الحق للمحيل عليه فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره كإلوا وكل في الاستيفاء أما إذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضا بالاجماع وقلنا

عاجلا

يستوفيه بنفسه وبغيره كإلوا وكل في الاستيفاء أما إذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضا بالاجماع وقلنا

أنه الزام الدين ولا لزوم بدون الالتزام لا يقال الزام الحاكم بالبيعة على المنكر الزام بدون الالتزام لأن الحكم انما يظهر بالالتزام لا الزام وأما رضا المحيل فقد شرطه القدوري وعسى يعمل بأن ذوى المروآت قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات أن الحوالة تصح بدون رضا لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه

(قوله وقلنا أنه الزام الدين الخ) أقول فيه بحث فإن الدين كان ثابتا في ذمته فليست أم قال صاحب البدائع ولنا أن الحوالة تصرف في المحتال عليه بنقل الحق إلى ذمته فلا يتم إلا بقوله ورضا بخلاف التوكيل بقبض الدين لأنه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب إليه ابتداء بل هو تصرف باداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه انتهى فيه تأمل

لان المحال عليه لا يرجع عليه اذ لم يكن بأمره قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراط الرجوع عليه اذا كانت بأمره وقيل لعل موضوع ما ذكر في القدوري أن يكون للحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانما حينئذ تكون اسقاط المطالبة للحيل عن المحال عليه فلا تصح الا برضاه والتظاهر أن الحوالة قد يكون ابتداءً أو هاهنا من المحيل وقد يكون من المحتال عليه والاول حالة وهو فعل اختياري لا يتصور بدون الارادة والرضا وهو وجه رواية القدوري والثاني احتمال يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحتال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزبادات وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه الاثمة الثلاثة بناء على أن ابقاء الحق حقه فله ايقاؤه من حيث شاء من غير قسم عليه بتعيين بعض الجهات أو عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين بناء على رواية الزبادات ليس على ما ينبغي قال (واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول الخ) اذا تمت الحوالة بركنها وشرطها كان حكمها برادة المحيل من الدين وقوله بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحوالة والمراد به رضاه من رضاه شرط فيها على ما تقدم وقوله من الدين اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشايخنا فان منهم من ذهب الى أنها توجب برادة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعا ومنهم من ذهب الى أنهم لا توجب برأتهم عن المطالبة ومنشأ ذلك ذكر محمد رحمه الله أحكاما تدل على القولين فما يدل على الاول ما قال ان المحتال اذا ذهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة لا تصح هبته ولا ابرأه ولو بقي الدين في ذمته وجب أن تصح ولو أبرأ المحال عليه أو ذهب الدين منه صح وهذا يقتضي تحول الدين الى ذمة المحال عليه وبرادة المحيل عنه وما يدل على الثاني أن المحتال اذا أبرأ المحال عليه صح ولا يرتد بالرد كبراء الكفيل (٤٤٥) ولو انتقل أصل الدين الى المحال عليه وجب

أن يرتد برده كالأبرأ المحيل قبل الحوالة والأصل في الكفالة فان ابراء حينئذ يكون قلمك الدين من عليه الدين والتقليد يرتد بالرد ومنها ان المحيل اذا تقدم بالمحتمل يحسد بر المحتمل على القبول ولو انتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعا في نقد المال كالأجنبي والأجنبي اذا تبرع بقضاء الدين لا يحجر رب المال لا تصح لبراءته بالحوالة وعند محمد على قبوله قالوا والاول هو الصحيح لانه تصرف في تحويل الدين فيجب

لانه لا يرجع عليه اذ لم يكن بأمره قال (واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول) وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما

عاجلا بان دفاع المطالبة عنه في الحال وأجلا بعدم الرجوع عليه (لانه لا يرجع الا بأمره) وحيث تثبت الحوالة بغير رضاه كان بغير أمره وأول في الاوضح المذكور في القدوري بما اذا كان للبعث على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فان قبول الحوالة حينئذ من المحتال عليه يكون اسقاط المطالبة المحيل عن نفسه أعني نفس المحتال عليه فلا تصح الا برضاه كذا في الخبازية واشترط رضا المحيل قول الاثمة الثلاثة قالوا لان للحيل ابقاء ما عليه من أي جهة شاء فلا يتعين عليه بعض الجهات فهرا ونقل ابن قدامة ان رضا المحيل لا خلاف فيه ليس بصحيح وصورته أن يقول رجل لصاحب الدين لك على فلان بن فلان ألف فاحتل بها على فرضي الطالب وأجازت الحوالة حتى لا يكون له أن يرجع بعد ذلك وسنين الحق فيه عندنا هذا ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول أي حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة الا أن يقبل رجل الحوالة للغائب فتتوقف على اجازته اذا بلغه وكذا لا يشترط حضرة المحتال عليه حتى لو أقال على غائب فبلغه فأجازت (قوله) واذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل من الدين) هذا قول طائفة من المشايخ وهو المصحيح من المذهب وقول طائفة أخرى لا يبرأ الا من المطالبة فقط (وقال زفر لا يبرأ) من المطالبة أيضا

تحويله وقيل الاول قول أبي يوسف والثاني قول محمد والفائدة تظهر فالرهن اذا حال المرتين بالدين هل يسترد الرهن فعند أبي يوسف يسترده كالأبرأ عن الدين وعند محمد لا يسترده كالأبرأ هل الدين بعد الرهن وفيما اذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة عند أبي يوسف تصح لبقاء الدين في ذمته اذا التحول بها هو المطالبة لا غير لا يقال ما ذكره المصنف يدل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذلك وهالان انتقال الدين بلامطالبة يستلزم وجود الملزوم وبلا لازم وهو ممتنع فاكفي بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها به وقال زفر رحمه الله لا يبرأ لان الحوالة كالكفالة لان كل واحد منهما عقد توثيق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة وقال ابن أبي ليلى ونقل ذلك عن مالك رحمه الله الكفالة كالحوالة لما ذكرناه وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة وجوابهما واحد وهو أن الحكم غير مضاف الى ما ذكرتم من المشترك بل الى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمفهوم لا تخلعه

(قوله قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراط الرجوع الخ) أقول ضمير اشتراطه راجع الى الرضا ثم ان القائل هو الكافي (قوله وقيل لعل الخ) أقول القائل هو الخبازي نقلنا من الاوضح (قوله وعلى هذا اشتراطه الخ) أقول قوله اشتراطه مبتدأ وقوله ليس على ما ينبغي خبره (قوله لان انتقال الدين بلامطالبة اين) أقول لا يقال لو كانت المطالبة لازمة للدين لم يكن للقول بانتفاء المطالبة دون الدين مجال لاستلزامه ما ذكرتم لان المطالبة ليست بلازمة للدين نفسه بل لا تنقله اذ لا فائدة في انتقاله بدونها بخلاف وجود أصل الدين بدونها فان فائدتها الرجوع على تقدير التوى فليست بل فان الكلام محال بعد قال المصنف (اذ كل واحد منهما عقد توثيق) أقول وليس من الوثيقة براءة الاول بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الاول من غير تعيين كافي الكفالة فيها كما تقدم

وهو يقتضي بناء ما يضم اليه
والاصل موافقة الاحكام
الشريعة للمعاني اللغوية
واعترض بالحوالة بغير أمر
المحيل فانها حوالة صحيحة
كامر ولا نقل فيها ولا تحويل
وهو نقض اجالي والجواب
أننا لنسلم أن لا نقل فيها فانها
بعد أداء الدين ظاهر التحقيق
ولهذا لا يبقى على المحيل شيء
(قوله والتوثيق باختيار
الاملا) جواب لرفر وقدره
سلمنا أن كل واحد منهما
عقد توثيق لكن براءة المحيل
لا تنفيه لان التوثيق يتحقق
معها باختيار الاملا أى
الا قدر على الإبقاء لبسطة
سمعتات البدو الاحسن
قضاء بان يوفيه بالاجود
بلا ماطلة وهو في الحقيقة
تسزل في الجواب بالقول
بالموجب وقوله (واعما
يجبر على القبول) جواب
نقض يدعى قوله والاحكام
الشريعة على وفاق المعاني
اللغوية وتقرر ملوصح
ذلك لا تنقل الدين من المحيل
وصار اجنبيا منه فاذا نقده
كان الواجب أن لا يجبر
المحتال على القبول أى لا ينزل
منزلة القايض اذا ارتفعت
الموانع بين المحتال والمنقود
لكون المحيل اذا ذاك متبرعا
كالاجنبي وبإداء الاجنبى
المتبرع لا يجبر الطالب على
القبول وتقرر الجواب
لأننا لم أن المحيل متبرع في

عقد توثيق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة
فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثيق باختيار الاملا والاحسن في القضاء
واعما يجبر على القبول اذا نقده المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا
فالنظر في خلاف المشايخ أولا حتى يثبت المذهب ثم ينظر في خلاف زفر القائلون ان المذهب لا يبرأ عن
الدين استدلو بمسائل ذكرها محمد تقتضى ذلك فمنها ان المحتال اذا أبرأ المحتال عليه يصح ولا يرتد بده
كأبراء الكفيل ولو انتقل أصل الدين الى ذمة المحتال عليه وجب أن يرتد بده كالأبرأ المحتال المحيل قبل
الحوالة لمنافيه من معنى التملك ومنها ان المحيل اذا نقده المحتال ماله بعد الحوالة يجبر على القبول فلو
انتقل أصل الدين بالحوالة كان متبرعا بماله المحتال فلا يجبر على قبوله لغيره ومنها ان المحتال اذا وكل المحيل
بقبض مال الحوالة من المحتال عليه لا يصح ولو انتقل الدين صار المحيل اجنبيا عنه وتوكيل الاجنبى
بقبض الدين صحيح ومنها ان المحتال اذا أبرأ المحتال عليه لا يرجع المحتال عليه بذلك على المحيل
ولو كانت الحوالة بأمر المحيل ولو وهب من المحتال عليه يرجع به على المحيل كافي الكفيل الا ان لم يكن
للمحيل عليه دين والا لتقياضا صاولو كان الدين يقول الى ذمته كان الأبرأ والهبه في حقه سواء فلا
يرجع والقائلون ان المذهب ينتقل الدين استدلو بأن المحتال اذا وهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين
بعد الحوالة لا يصح أبرأؤه وهبته ولو بقي الدين في ذمته صح وجعل شيخ الاسلام هذا الخلاف بين
أبي يوسف ومحمد فعند أبي يوسف ينتقل الدين والمطالبة وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين قال وفائدة
هذا الخلاف تظهر في مسئلتين احدهما ان الراهن اذا أحال المرتهن بالدين فله ان يسترد الرهن عند
أبي يوسف كالأبرأ عنه وعند محمد لا يسترده كالأبرأ محل الدين بعد الرهن والثانية اذا أبرأ الطالب
المحيل بعد الحوالة لا يصح عند أبي يوسف لانه يرى بالحوالة وعند محمد يصح ويرى المحيل لان أصل الدين
باقى في ذمته واعما تحولت المطالبة ليس غير وقد أنكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال لم ينقل
عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين بل ذكر أحكاما متشابهة واعتبر الحوالة في بعضها تأجيلا وجعل
المحول بها المطالبة لا الدين واعتبرها في بعض الاحكام أبرأه وجعل المحول بها المطالبة والدين واعما فعل
هكذا لان اعتبار حقيقة اللفظ بوجوب نقل المطالبة والدين اذا الحوالة منبثقة عن النقل وقد أضيف الى
الدين واعتبار المعنى بوجوب تحويل المطالبة لان الحوالة تأجيل معنى ألا ترى انه اذا مات المحتال عليه
مفسا يعود الدين الى ذمة المحيل وهذا هو معنى التأجيل فاعتبر المعنى في بعض الاحكام واعتبر الحقيقة
في بعضها ثم يحتاج الى بيان كيفية خصوص الاعتبار في كل مكان وسيجيب المصنف عن بعضها في
خلافية زفر هذه اذا عرف المذهب حينئذ جشأ الى خلاف زفره الاعتبار بالكفالة بجماع ان كلامهما
عقد توثيق ولم ينتقل فيها دين ولا مطالبة بل تحقق فيها اشتراك في المطالبة ولان عدم الانتقال أدخل في
معنى التوثيق اذ يصير له مكنة ان يطالب كلامهما فكذا هذا (ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة
الغراس) فوجب نقل الدين (والدين اذا انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فللضم) لغة لانها من
الكفل وهو الضم فوجب فيها اعتبار ضم الذمة الى الذمة (لان الاحكام) يعنى العقود (الشريعة)
المسماة بأسماء تعتبر فيها معاني تلك الاسماء وهو فائدة اختصاصها بأسمائها (قوله عقد توثيق) والتوثيق
أن يطالب كلامهما فقلنا بل التوثيق لم ينحصر في ذلك بل يصح باختيار الاملا واليسر في القضاء
فيكتفى به في تحقيق معنى التوثيق في معنى لفظ الحوالة غير متوقف على خصوص ما ذكر من التوثيق
وهذا الدليل ينتهز على زفر فانه قال ببقاء الدين والمطالبة على الاصل أما الطائفة من المشايخ القائلون
بنقل المطالبة دون الدين فلا فانه اذا حال الحوالة تنبى عن النقل فيعتبر فيها ذلك فالواحد واعتبار نقل
المطالبة كاف في تحقيق معنى النقل غير متوقف على نقل الدين كما قلت لرفر ان تحقيق التوثيق يحصل

قال (ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه الخ) عطف على قوله برئ المحيل أى اذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم يرجع المحتال على المحيل بشئ إلا أن يتوى حقه على ما يأتي من معنى التوى وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى لان برائة المحيل حصلت مطلقة أى عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى وهو ظاهر حيث لم يكن غم ما يدل على التقيد وكل ما كان كذلك لا يعود الا بسبب جديد كما في البراءة وما يدعى روى عن ابن المسيب أنه كان له على علي رضي الله عنه دين فأحاله به على آخر فبات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال أبعدك الله فأبعده بمجر داحتيه ولم يجزله الرجوع قلنا البراءة حصلت مطلقة لفظا (٤٧٤) أو مطلقا والثاني ممنوع والاول

مسلم لكن لا يقيد كم لجواز أن تكون مقيدة بدلالة الحال أو العرف أو العادة فنقول انها حصلت مقيدة بسلامة حقه وان كانت مطلقة لفظا بدلالة الحال لان المقصود من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحل الثاني لانفس الوجوب لان الذم لا يختلف في الوجوب وانما يختلف بالنسبة الى الايقاف فصارت سلامة الحق من المحل الثاني كالمشروط في العقد الاول لكونه هو المطلوب فاذا فات الشرط عاد الحق الى المحل الاول فصار وصف السلامة في حق المحال به كوصف السلامة في المبيع بان اشترى شيأ فهل قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للشئ وهذا يشير الى أن الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو عبارة بعض المشايخ وقوله أو تنفسخ الحوالة لفواته

قال (ولا يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه) وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه لانه هو المقصود أو تنفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للنفسخ

باختيار الاملا الخ غير متوقف على كل كما يحصل به التوثق وقوله وانما يجبر الخ جواب نقض من قبل زفر وهو مما سبق من أدلة القائلين من المشايخ بعدم نقل الدين وهو أن المحيل اذا قد المحتال الدين المحال به قبل نقد المحال عليه أجبر المحتال على القبول فلو لم يكن الدين باقيا على المحيل لم يجبر لانه حينئذ متبرع بشئ من ماله فلا يجبر على قبوله أجاب بأنه لا يلزم على تقدير النقل أن يكون متبرعا محضا وانما يكون ذلك لولم يكن عود الدين المستعمل اليه بعينه ممكنا نحو فاقدي يتوقع فاما ان كان فلا لانه على ذلك التقدير دافع عن نفسه المطالبة على تقدير تحقق سببها فهذا الجواب يدفع هذا الوارد من حيث هو نقض لزفر ودليل تلك الطائفة وقد نقض من قبل زفر بوجود الحوالة ولا تنقل أصلا عما اذا وقعت بتغير اذن المحيل وأجيب بأن معنى النقل يتحقق فيه بعد أداء المحتال عليه حتى لا يبقى اذ ذلك على المحيل شئ الا انه قد يقال لوضح هذا الصح أن يقال الكفالة بتغير أمر المكفول عنه فيها نقل الدين أيضا بهذا الوجه لانه اذا أدى الكفيل لا يبقى على المكفول عنه شئ والحق أن أصل الجواب ساقط فان انتفاء الدين عن المحيل بأداء المحال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاء من الوجود بالكلية وليس هذا نقله بل نقله تحوله من محل الى محل هو ذمة المحال عليه وعذري ان الجواب هو ان الحوالة بتغير اذن المحيل ليست حوالة من كل وجه لانه حقيقة الحوالة ان كان فعل المحيل الاطالة أو الحاصل من فعله فهو منتف لا انتفاء الفعل منه والنقل وانما هو في حقيقتها ولهذا أجاز المالكية هذا المعنى وأخرجوه من الحوالة وسموه جمالة وحكمها شطر حكم الحوالة وهو الا لزوم على المتحمل دون الشطر الآخر وهو انتقال الدين عن المدين فلم تكن حوالة والا استعقت تمام حكمها وهذا ما وعدناه (قوله ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه) وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى (موت أو افلاس أو غيره وهو قول أحمد والليث وأبي عبيد وعن أحمد اذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بعد العلم وهو قول مالك لأن الافلاس عيب في المحال عليه فله أن يرجع بسببه كالمبيع ولان المحيل غره فهو كالمودلس المبيع يرجع به (لان البراءة) الخاصة بالانتقال (حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد) ولا سبب فلا عود ويؤيده ما روى عن ابن المسيب أنه كان له على علي رضي الله تعالى عنه دين فأحاله به على آخر فبات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال له أبعدك الله فغضب رجوعه ولحقن تمنع كون البراءة مطلقة بل هي مقيدة بمعنى بشرط السلامة وان كانت مطلقة وهذا القيد ثبت بدلالة الحال وهو ان المقصود من شرع الحوالة ليس بمجرد الوجوب على الثاني لان الذم باعتبار هذا القدر متساوية وانما تفاوت في احسان القضاء وعدمه فالقصد التوصل الى الاستيفاء من المحل

أى لفوات المقصود وهو السلامة لانه قابل للنفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت وكل ما هو قابل له اذا فات المقصود منه ينفسخ كالمشترى اذا وجد المبيع معيبا واختر رده فانه ينفسخ المبيع ويعاد الثمن وان لم يشترط ذلك في العقد لما اشار الى عبارة آخرين منهم وهو يشير الى أن الحوالة تنفسخ ويعاد الدين على المحيل فالمصنف رحمه الله جمع بين طريق المشايخ رحمه الله

(قوله كان له على علي رضي الله تعالى عنه الخ) أقول ليس في حديث علي كرم الله وجهه ما ينافي ما قلنا لعدم دلالة على موت المحال عليه مفلسا كما لا يخفى

واستخدام قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فهما بعينين مختلفين ويؤيد ما ذهبنا اليه ما روى عن عثمان رضي الله عنه أنه قال إذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم ولم يعرف في ذلك مخالف محل الاجماع وعورض بأن المحال وقت الحوالة مختصير بين أن يقبل الحوالة فينتقل حقه الى ذمة المحال عليه وبين أن ياباها بقاء لحقه في ذمة المحيل وكل مختصير بين شيئين إذا اختار أحدهما (٤٤٨) تعين عليه ولا يعود الى الآخر كلفصوب منه إذا اختار تضمين

فصار كوصف السلامة في المبيع قال (والتوى عند أبي حنيفة رجه الله أحد الأمرين أما أن يجهد الحوالة ويخالف ولا ينسقه عليه أو يموت مقلداً)

الثاني على الوجه الاحسن والالم ينتقل عن الاول فصارت السلامة من المحل الثاني كالمشروط في العقد الاول فاذا لم يحصل المشروط عاد حقه على الاصيل فصار كالمشروط على عين فهلكت قبل التسليم يعود الدين لان البراءة ما ثبتت مطلقة بل بعوض فاذا لم يسلم يعود يؤيده ما روى عن عثمان رضي الله عنه مرفوعاً وموقوفاً في المحال عليه اذا مات مقلداً قال يعود الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولقط الاسرار قال اذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم وذكر محمد في الاصل عن شريح بمثل ذلك وهذا الحديثان متعارضان فان كانا صحيحين أو لم يثبتا فقد تكافأ هذا واختلفت عباراتهما في كيفية العود فقبل بفسخ الحوالة أي بفسخها بالحوالة ويعاد الدين كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيباً وقبل تنفسخ ويعود الدين كالمبيع اذا هلك قبل القبض وقيل في الموت عن افلاس تنفسخ ويعود وفي الجحود بفسخ ويعاد وفي طريقة الخلاف قالوا لو مات المحيل والمحال عليه مقلدين لا يرجع فكذا ما نحن فيه فلنا انسلم بل له الرجوع الا أنه سقطت المطالبة بالاعسار وله هذا كما ظهر لاحدهما مال أخذه كافي الكفيل والمكفول عنه اذا ماتا مقلدين تبطل الكفالة ثم لا يدل على ان المطالبة لا تثبت حالة حياة المكفول عنه قالوا مال الحوالة يجعل كلمة بموض لانه لو لم يكن كالمقبوض لأدى الى الاستراق عن دين بدين ولانه تجوز الحوالة برأس مال السلم والصرف ولو لانه كالمقبوض لم تجز الحوالة واذا مات المحيل مقلداً لا يكون المحال اسوة للغرماء واذا كان كالمقبوض لا يرجع قلنا ليس كالمقبوض والالباز للمحتال أن يشتري شيئاً من غير المحتال عليه كما يجوز أن يشتري به من المحتال عليه وقواهم لو لم يكن كالمقبوض صار ديناً بدين انما يلزم لو كان القصد منه المعاوضة وليس كذلك كالقرض وأما الصرف والسلم فحجة لنا لانه لو كان كالمقبوض لجاز أن يتفرقا عن المجلس من غير قبض وليس كذلك فانه اذا أحال به ما فلو افترقا من غير قبض يفسد العقد ولو كانت الحوالة قبضاً لكان هذا افتراقاً بعد القبض فلا يفسد العقد وأما كون المحتال لا يصير اسوة للغرماء اذا مات المحيل ولا مال له سوى ما على المحتال عليه فممنوع قال في الجامع الكبير ولو أن المحال آخر الحويل سنة ثم مات المحيل وعليه دين آخر سوى دين المحال يقسم دينه على الحويل بين المحال وبين الغرماء بالحصص لان هذا مال المحيل ولم يصير بالحوالة ملكاً للمحال لان تعليق الدين من غير من عليه الدين لا يتصور ولكن يتعلق بحق المحال وبهذا لا يصير المحال أخص به ما لم تثبت اليد بليل ان العبد المأذون اذا كان عليه دين يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو وجب بعد ذلك دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالحصص انتهى واذا عرف أنه يرجع بالتوى بين التوى بقوله (والتوى عند أبي حنيفة رجه الله بكل من أمرين أما أن يجهد الحوالة ويخالف ولا ينسقه عليه) للمحتال ولا للمحيل فقوله (له) يعني كلا من المحيل والمحتال (أو يموت مقلداً) لا مال له معيناً ولا ديناً ولا كفيل عنه بدين

أحد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشئ وكالمسؤول اذا اعتق عبده المسيدون فاختار الغرماء استسماه العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشئ والجواب أن قوله اذا اختار أحدهما تعين عليه أما أن يريد به شيئين أحدهما أصل والآخر خلف عنه أو كل واحد منهما أصل فان كان الثاني فليس مما نحن فيه فقياسه عليه فاسد وان كان الاول فلا نسلم أنه اذا اختار أحدهما تعين ببل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى الاصل لان اختيار الخلف وترك الاصل لم يكن للتوثق فاضافة انواء الحق الى وصف يقتضي ثبوته فاسدة في الوضع قال (والتوى عند أبي حنيفة رجه الله أحد الأمرين الخ) توى المال اذا تلف وهو عند أبي حنيفة يتحقق بأحد الأمرين أما أن يجهد المحال عليه الحوالة فيخلف ولا ينسقه للمحال ولا للمحيل على المحال عليه لانه حينئذ لا يقدر على مطالبته وأما أن يموت مقلداً

المحتال

لا يقدر على مطالبته وأما أن يموت مقلداً

قال المصنف (فصار كوصف السلامة في المبيع) أقول بأن اشتري شيئاً فلهك قبل القبض فانه يفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظاً لما أن وصف السلامة مستحق للشترى وهذا التقرير ناظر الى الكلام الاول فالمصنف جمع بين طريقين المشايخ واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فهما بعينين مختلفين

لان العجز عن الوصول الى الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما أما في الاول فلماذا كرنا وأما في الثاني فلانه لم يبق ذمة
يتعلق بها الحق فسقط عن المحال عليه وثبت للمحتال الرجوع على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لارادة اسقاط فلما
تعذر الاستيفاء وجب الرجوع وقالاهذان وجه ثالث وهو أن يحكم الحماكم بافلاسه بالشهود حال حياته وهذا الاختلاف بناء على أن
الافلاس بتفليس الحماكم عنده لا يتحقق خلافا لهما قال التوى هو العجز عن الوصول الى الحق وقد حصل ههنا لانه عجز عن استيفاء حقه
فصار كونه المحتال عليه وقال عجز عن ذلك عجزا يتوهم ارتفاعه بحدوث المال لان مال الله غادر رائج وقد تقدم معناه في الكفاية فلم يكن
كالمت ولو مات المحتال عليه فقال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر في المبسوط وعن الشافعي أن القول قول الطالب مع عيینه على
علم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة يقال أفلس الرجل اذا صار ذا فليس بعد (٤٤٩) أن كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان

افتقر وفلسه القاضي أى
قضى بافلاسه حين نظيره
حاله كذا في الطلبة قال
(واذا طالب المحتال عليه
المحيل الخ) اذا طالب المحتال
عليه بمثل مال الحوالة مدعى
قضاء دينه من ماله فقال
المحيل أحلت بدني لي عليك
لم يقبل قوله ويجب عليه
مثل الدين لان سبب الرجوع
وهو قضاء دينه بأمره قد
تحقق باقراره الا أنه يدعى
عليه ديناً وهو ينكر والقول
قول المنكر والبيئة للمحيل
فان أقامها بطل حق المحتال
عليه في الرجوع فان قيل
لم لا يجوز أن تكون الحوالة
اقراراً منه بالدين عليه
أجاب بقوله لانها قد تكون
بدونه أى الحوالة قد تكون
بدون الدين المحال عليه فيجوز
انفكاكه عنه وحينئذ
يكون التقييد بالدين
تقييداً بلا دليل (واذا طالب
المحيل المحتال بما أحاله به فقال

لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة (وقالاهذان الوجهان ووجه
ثالث وهو أن يحكم الحماكم بافلاسه حال حياته) وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده
خلافا لهما لان مال الله غادر رائج قال (واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل
أحلت بدني لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين) لان سبب الرجوع قد تحقق وهو
قضاء دينه بأمره الا أن المحيل يدعى عليه ديناً وهو ينكر والقول للمنكر ولا تكون الحوالة اقراراً منه
بالدين عليه لانها قد تكون بدونه قال (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال انما أحلتك
لتقبضه لي وقال المحتال لا بل أحلتني بدني كان لي عليك فالقول قول المحيل) لان المحتال يدعى عليه
الدين وهو ينكر ولقطة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع عيینه

المحتال وعندهما بهذين وجه آخر وهو أن يحكم حماكم بافلاسه وهذا بناء على ان تفليس القاضي يصح
عندهما وعنده لا يصح لانه يتوهم ارتفاعه بحدوث ماله فلا يعود بتفليس القاضي على المحيل والتوى
الثلف يقال منه توى بوزن علم يتوى وهو توناو ولو قال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ففي
الشافعي والمبسوط القول للطالب مع الميمين على العلم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة ولو كان حيا فزعم
انه مفلس فالقول له فكذلك بعدمونه وفي شرح الناصحي القول للمحيل مع الميمين لانكاره عود الدين
(قوله) واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل (انما) أحلت بدني لي عليك لم يقبل قوله
وعليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق في حقه وهو قضاء دينه بأمره ولان المحيل يدعى ديناً عليه
وهو ينكر والقول للمنكر) ولا يقال قبول الحوالة من المحتال عليه اقراراً بالدين عليه لاننا نقول
ليس من ضرورة قبول الحوالة ذلك بل قد تكون بما عليه وهي المقيدة وقد تكون مطلقة والمطلقة هي
حقيقة الحوالة أما المقيدة فهو كالة بالاداء من وجهه والقبض (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به
وقال اني أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال بل أحلتني بدني لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعى
عليه) أى على المحيل (ديناً وهو ينكر) فالقول له لان فراغ الذمة هو الاصل وبه قال الشافعي في وجه
وفي وجه آخر القول للطالب لان الحوالة بالدين ظاهر اخافه المحيل توكيل فهو خلاف الظاهر وهو
قول أحد وقول المصنف (ولقطة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع عيینه) جواب
عنه وهو بناء على تساويهما في الاستعمال ومنع كونها بالدين أظهر فالحوالة متواطئ فيهما والا فادعاه
مجازاً متعارفاً يخص قوله ما فان الحقيقة عند أبي حنيفة مقدمة على الجواز المتعارف وقد تكلف شمس

(٥٧ - فتح القدير خامس) انما أحلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل أحلتني بدني لي عليك فالقول قول المحيل
فان قيل الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل أنه أحاله ليقبضه خلاف الحقيقة بلا دليل أجاب بقوله ولقطة الحوالة ومعناه أن
دعواه تلك دعوى ماهو من محتملات لفظه وهو الوكالة فان لفظ الحوالة يستعمل فيها مجازاً لما في الوكالة من نقل التصرف من الموكل الى
الوكيل فيجوز أن يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق لانه مع عيینه لان في ذلك نوع مخالفة للظاهر

(قوله فان لفظ الحوالة الخ) أقول كاسيحي وفي كتاب المضاربة أحل بمعنى وكل فراجع قال العلامة الكاكي قيل المجاز لا يعارض الحقيقة
فاحتمال المجاز لا يخرج عن ارادة الحقيقة أحجب هذا مجاز متعارف فيمكن أن يخرج عن ارادة الحقيقة ولو لم يخرج عن كان محتملاً فلا
يدل على الاقرار انتهت وفيه تأمل (قوله لما في الوكالة من نقل التصرف الخ) أقول فيه شيء

قال (ومن أودع رجلاً ألف درهم الخ) اعلم أن الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين أحدهما أن يقيد المحيل الحوالة بالعين الذي له في الحال عليه بالوديعة أو الغصب والثاني أن يقيد بها بالدين الذي له على الحال عليه والمطلقة وهي أن يرسلها الراسلاً لا يقيد بها بدين له على الحال عليه ولا بعين له في يده وأن كان له ذلك عليه أو في يده أو أن يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له في يده عين أيضاً على نوعين حالة ومؤجلة فالخالة هي أن يحيل المدينون الطالب على رجل بألف حالة فإنها تكون على الحال عليه كذلك لأنها التحويل الدين من الأصل فيتحول على الصفة التي على الأصل والقرض إنما كانت على الأصل حالة فكذلك على الحال عليه وليس للحال عليه أن يرجع على الأصل قبل الأداء لكنه يفعل به ما فعل به كاتقدم في الكفالة والمؤجلة هو أن يكون الدين على الأصل مؤجلاً فيحصل مؤجلاً على الحال عليه بذلك الاجل (٤٥٠) فان المال يكون على الحال عليه إلى ذلك الاجل لأنه قبلها كذلك إذا عرف

هذا فقوله ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء فان هلكت ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين الذي في الحال عليه بالوديعة وقوله لأنه أقدر على القضاء دليل جوازه وذلك لوجهين أحدهما أن الاداء منها يتحقق من عين حق المحيل وحينئذ لا يصعب عليه الاداء فكان أقدر والثاني أن الوديعة حاصلة بعينها لا تحتاج إلى كسب والدين قد يحتاج إليه وإذا كان أقدر على القضاء كان أولى بالجواز فكانت جائزة بالدين فلائ تكون جائزة بالعين أجدد فان هلك الوديعة برئ المودع وهو الحال عليه وليس للحال شيء عليه لتقيدها بما أي لتقيد الحوالة بالوديعة لأنه ما التزم الاداء الا منها فيتعلق بها ويبطل

قال (ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء فان هلكت برئ) لتقيدها بما أقاله ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالغصب لان الفوات إلى خلف كلافوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً وحكم المقيدة في هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه

الائنة حين استبعد التواطؤ وتقديم الجواز المتعارف فحملها على ما إذا استوفى المحتال الألف الحال بها وقد كان المحيل باع متاعاً من المحتال عليه بهذه الألف فيقول المحتال كان المتاع ملكي وكنت وكيلاً في بيعه عني والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وانما بيعته لنفسى فالقول للمحيل لان أصل المنازعة وقع بينهما في ملك ذلك المتاع والبد كان للمحيل فالظاهر أنه انتهى وظاهره تخصيص المسئلة بنحو هذه الصورة وليس كذلك بل جواب المسئلة مطلق في سائر الامهات والحق انه لا حاجة إلى ذلك بعد تجويز كون لفظ أحلتك بألف يراد به ألف للمحيل لان ثبوت الدين على الانسان لا يمكن بمثل هذه الدلالة بل لا بد من القطع بها من جهة اللفظ أو دلالة مثل له على أوفى ذمتي لان فراغ الذمة كان ثابتاً بيقين فلا يلزم فيه ضرر شغل ذمته الا بئله من اللفظ ومنه نحو قوله اتزمت في جوابي عليك ألف للتيقن بعود الضمير في اتزمتها على الألف المدعاة بخلاف مجرد قوله أحلتك (قوله ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء) لتسري ما قضى به وحضوره بخلاف الدين عليه (فان هلكت برئ) الحال عليه وهو المودع (لتقيدها بما) أي لتقيد الحوالة بالوديعة التي هلكت (فانه) أي الرجل (ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما إذا كانت الحوالة مقيدة) عين (مغصوب) عرض أو ألف درهم مثلاً فانه اذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لان الواجب على الغاصب رد العين فان عجز رد المثل أو القيمة فاذا هلك في يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ (لان) له خلفاؤه (الفوات إلى خلف كلافوات) فبقيت متعلقة بخلافه فيرد خلفه على المحتال (وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً) بأن يسيله بدينه الذي له على فلان الحال عليه فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة أقسام مقيدة بعين أمانة وبعين مضمونة وبعين خاص (وحكم المقيدة في هذه الجملة) أعني الاقسام الثلاثة (أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه) بذلك العين ولا بذلك الدين (لان الحوالة) لما قيدت بها

بها كلها كالزكاة المتعلقة بنصاب معين وقوله بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالغصب بأن كان الألف تعلق مغصوباً عند الحال عليه وقيد الحوالة بها ببيان لجوازاها بالعين المغصوبة وانما اذا هلك لا يبرأ الغاصب لان المغصوب اذا هلك وجب على الغاصب مثله ان كان مثلياً وقيمته ان كان قيمياً كان الفوات بها لا كه فواتها إلى خلف وذلك كلافوات فكان باقياً حكماً وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً ببيان لجوازاها مقيدة بالدين كما اذا كان لرجل على آخر ألف درهم وللمدين على آخر كذلك وأحال المدينون الطالب بدينه على مدينه بألف على أن يؤديه من الألف التي للمطلوب عليه فانما جائزة وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجملة وهي الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت أو غصبا بالدين أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه بذلك العين أو الدين الذي قيدت الحوالة به بعدها (قوله والمطلقة إلى قوله على نوعين حالة ومؤجلة) أقول قوله والمطلقة مبتدأ وقوله على نوعين خبره (قوله وقوله بخلاف الخ) أقول قوله وقوله مبتدأ وقوله بيان لجوازاها خبره

لانه تعلق به حق الخصال فانه انما رضى بنقل حقه الى المحال عليه بشرط أن يوفى حقه عما ليجعل عليه أو يبدعه فتعلق به حق استيفائه وأخذ
الحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يتمكن من أخذه ولو دفعها المودع أو غيره الى الحيل ضمن لانه استهلك محلا مشغولا بحق الغير على مثال
الرهن فان الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن لئلا يبطل حق (٤٥١) المرتهن وقوله وان كان اسوة للغرماء

اشارة الى حكم آخر يخالف

حكم الحوالة حكم الرهن

بعد ما انفقاني عدم بقاء

حكم الاخذ للحيل

والراهن وهو أن الحوالة اذا

كانت مقيدة بالعين أو

الدين وعلى الحيل ديون

كسيرة ومات ولم يترك شيئا

سوى العين الذي له يبد

المحال عليه أو الدين الذي

عليه فالمحال اسوة للغرماء

بعد موته خلافا لفر رجه

الله وهو القياس لان دين

غرماء الحيل تعلق بحال

الحيل وهو صار اجنبيا

من هذا المال ولهذا

لا يكون له أن يأخذه في حال

حياته فكذا بعد وفاته

ولان المحال كان أسبق تعلقا

بهذا المال لتعلقه في صحته

وحق الغرماء لم يتعلق في

صحته فيقدم المحال على

غيره كالمرتهن فلنا العين

الذي بدأ المحال عليه للحيل

والدين الذي له عليه لم يصير

ملا كالمحال بعقد الحوالة

لا بد او هو ظاهر ولا رغبة

لان الحوالة ما وضعت

للتملك وانما وضعت للنقل

فتكون بين الغرماء وأما

المرتهن فانه ملك المرهون

يدا وحسب فثبت له نوع

لانه تعلق به حق الخصال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت الحيل وهذا لانه لو بقي له
مطالبته فأخذ منه لبطلت الحوالة وهي حق الخصال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بدمته فلا
تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أو عنده

(تعلق حق الطالب به) وهو استيفاء دينه منه (على مثال الرهن) وأخذ الحيل يبطل هذا الحق
فلا يجوز فلو دفع المحال عليه العين أو الدين الى الحيل ضمنه للطالب فانه استهلك ما تعلق به
حق الخصال كما اذا استهلك الرهن أحد يضمه للمرتهن لانه يستحقه ولما كان تشبيه المصنف
بالرهن يتبادر انه لو هلك الحيل وعليه دين آخر غير دين الخصال ينبغي أن يخص الخصال بذلك الدين الذي
أحيل به أو العين وليس كذلك بينه المصنف فقال (وان كان) أي الخصال (أسوة للغرماء) فيه (بعد
موت الحيل وهذا لانه لو بقي) للحيل (حق المطالبة) بما أحال به من الامر المعين (فأخذ منه بطلت
الحوالة) الواقع (انما حق الخصال) فليس له أن يبطل حقه وترك الفرق بين الرهن والمحال به دينا
أو عينا والفرق ما قد مناه انه وان كان حق الخصال متعلقا بالعين المخصوصة أو الدين كما يتعلق حق الدائن
بالرهن المعين لكن ليس له يد ولا ملك والمرتهن له يد ثابتة مع الاستحقاق فكان له زيادة اختصاص واذا
كان الخصال اسوة للغرماء فلو قسم ذلك الدين أو العين بين غرماء الحيل وأخذ الخصال حصته لا يكون له
أن يرجع على المحال عليه ببقية دينه وهو ظاهر تنقيح الحوالة بذلك المقسم هذا ومن أحكام الحوالة
المقيدة بالدين أو العين انه لو أبرأ الخصال المحال عليه صرح الابراء وكان للمحيل أن يرجع على المحال عليه
بدينه ولو وهب الخصال دينه من الخصال عليه أو مات الخصال له وورثه الخصال عليه لا يكون للمحيل أن يرجع
على الخصال عليه والفرق أن الهبة من أسباب الملك وكذا الارث فلكل الخصال عليه ما في ذمته بالهبة فهو كما
لو ملكه بالاداء ولو أدى لا يرجع الحيل عليه فكذا اذا ملكه بالهبة بخلاف الابراء فانه في الاصل موضوع
للاسقاط فلا يملك به الخصال عليه ما في ذمته وانما خرج به عن ضمانه للمحال دينه وهو الشاغل لدين الحيل
فبقى دين الحيل على الخصال عليه بلا شاغل فيرجع به عليه (وقوله بخلاف المطلقة) بتصل بقوله لا يملك
الحيل مطالبة الخصال عليه بالعين المحال به والدين والحاصل أن الحوالة قسمان مقيدة كما ذكرنا ومطلقة
وهي أن يقول الحيل للطالب أحلتك بالالف التي لك على هذا الرجل ولم يقل ليؤديه من المال الذي لي
عليه فاذا حال كذلك وله عند ذلك الرجى ودبعة أو مغصوبة أو دين كان له أن يطالب به (لانه) أي الشأن
(لا تعلق لحق الخصال به) أي بذلك العين أو الدين لوقوعها مطلقا عنه (بل بذمة الخصال عليه) وفي
الذمة سعة (فأخذ دينه أو عينه من الخصال عليه لا تبطل الحوالة) وما عليه يرجع الى الدين أو الغصب أو
عنده يرجع الى الدبعة ومن المطلقة أن يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شيء وتنقسم المطلقة الى
حالة ومؤجلة فالحالة أن يحيل الطالب بأنف وهي على الحيل حالة فتكون على الخصال عليه حالة لان
الحوالة لتحويل الدين فيتحول باصفة التي هي على الاصيل وليس للمحال عليه أن يرجع على الاصيل
قبل أن يؤدي ولكن له اذا لزم أن يلازمه واذا حبس أن يحبس والمطلقة المؤجلة له على رجل ألف الى
سنة فأحال الطالب عليه الى سنة كانت عليه الى سنة ولو حصلت الحوالة مبهمة لم يذكره محمد وقالوا ينبغي
أن تثبت مؤجلة كافي الكفالة لانه تحمل ما على الاصيل بأى صفة كان فلو مات الحيل لم يحل المال على

اختصاص بالمرهون شرعاً لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه (قوله وهذا) اشارة الى قوله أن لا يملك الحيل وتقرير ما ذكرناه آنفا
وقوله بخلاف المطلقة لبيان الحوالة المطلقة وانها لا تبطل بأخذ الحيل ماله عند المحال عليه من العين أو عليه من الدين لان الضمير للشأن
لا تعلق لحق المحال به أي بما عند المحال عليه أو عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه وفي الذمة سعة فأخذ ماله عنده أو عليه لا يبطل الحوالة
وعلى هذا ليس للودع والغاصب أن يؤدي دين المحال من الدبعة والغصب والحيل أن يأخذ ماله مع بقاء الحوالة كما كانت

قال (وتكره السفائح الخ) السفائح جمع سفينة بضم السين وفتح التاء فارسي معرب أصله سفينة يقال الشيء المحكم وسمى هذا القرض به لاحكام أمره وصورته أن يدفع الى تاجر ما لا قرضه يدفعه الى صديقه وقيل هو أن يقرض انسانا ما لا يقضيه المستقرض في بلديده المقرض وانما يدفعه على (٤٥٣) سبيل القرض لاعلى سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وهو نوع نفع

قال (ويكره السفائح وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق) وهذا نوع نفع استفاد به وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة وأما اذا لم تكن فلا بأس بذلك ثم قيل انما أورد هذه المسئلة في هذا الموضع لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة فانها معاملة أيضا في الديون والله أعلم

كتاب أدب القاضي

المحتمل عليه لان حلول الاجل في حق الاصيل لاستغنائه عن الاجل بموته ولا يتأني ذلك في حق المحال عليه لانه حتى محتاج الى الاجل ولو حل عليه انما يحل بناء على حلوله على الاصيل فلا وجه له لان الاصيل برئ عن الدين في أحكام الدنيا والتحقيق بالاجانب ولو مات المحال عليه قبل الاجل والحيل حتى حل المال على المحتمل عليه لاستغنائه عن الاجل بموته فان لم يترك وفاء رجع الطالب على المحيل الى أجله لان الاجل سقط حكم الحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتمل عليه مفسا فانتقض ما في ضمانها وهو سقوط الاجل كالباع المديون بدين مؤجل عبدا من الطالب ثم استحق العبد عاد الاجل لان سقوط الاجل كان بحكم البيع وقد انتقض كذا هنا (قوله ويكره السفائح) جمع سفينة بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته وهو الشيء المحكم سمي هذا القرض به لاحكام أمره وصورته أن يدفع في بلدة الى مسافر قرضه يدفعه الى صديقه أو وكيله مثلا في بلدة أخرى ليستفيد به أمر خطر الطريق لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر نفعا رواه الحرث بن أبي أسامة في مسنده عن حفص بن حمزة أنبأنا سوار بن مصعب عن عمارة الهمداني قال سمعت عليا رضي الله عنه يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل قرض جر نفعا فهو ربا وهو مضغف بسوار بن مصعب قال عبد الحق متروك وكذا قال غيره ورواه أبو الجهم في جرثمه المعروف عن سوار أيضا وأخرج ابن عدي في الكامل عن جابر بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم السفائح حرام وأعله بعد مروى بن موسى بن وجيه ضعفه البخاري والنسائي وابن معين وذكره ابن الجوزي في الموضوعات وأحسن ما هنا ما عن الصحابة والسلف ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا خالد الجرجاني عن عطاء قال كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة وفي الفتاوى الصغرى وغيرها ان كان السفائح مشروطا في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد ولو لم يكن مشروطا جاز وصورة الشرط ما في الواقعات رجل أقرض رجلا ما لا على أن يكتب له به الى بلد كذا فانه لا يجوز أن أقرضه بغير شرط وكتب جاز وكذا لو قال اكتب لي سفينة الى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خير فيه وفي كفاية البيهقي سفائح التجار مكرهة ثم قال الآن يقرض مطلقا ثم يكتب السفينة فلا بأس به كذا روى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ألا ترى أنه لو قضاها بأحسن مما له عليه لا يكره اذا لم يكن مشروطا قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر فان كان يعرف ان ذلك يفعل لذلك فلا والذي يحكى عن أبي حنيفة انه لم يقعد في نخل جدار غريمه فلا أصل له لان ذلك لا يكون انتفاعا بملكه كيف ولم يكن مشروطا ولا متعارفا وانما أورد القدر في هذه المسئلة هنا لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة والله أعلم

كتاب أدب القاضي

استفيد بالقرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة وأما اذا لم تكن فلا بأس بذلك ثم قيل انما أورد هذه المسئلة في هذا الموضع لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة فانها معاملة أيضا في الديون والله أعلم

كتاب أدب القاضي

(قوله ثم قيل) أقول القائل صاحب النهاية

كتاب أدب القاضي

قال في لطائف الاشارات في كتاب الرجوع من شهادة السكافي القاضي بتأخير الحكم أتم وعزل وعزرائته في قال الامام السرخسي في مبسوطه وان طمع القاضي أن يصطلح الخصمان فلا بأس بأن يردهما ويؤخر تنفيذ الحكم بينهما لعلهما أن يصطلحا الحديث عمر رضي الله تعالى عنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحا فان فصل القضاء بورت بين القوم الضغائن وفي رواية ردوا الخصوم يوم من ذوى

الارحام ولا ينبغي له أن يردهم أكثر من مرة أو مرتين ان طمع في الصلح لان في الزيادة على ذلك اضرار للصاحب الحق وان لم يطمع في الصلح أنفذ القضاء بينهم من قبل أن يردهم فهو في سعة من ذلك وليس بواجب عليه ردهم وانما الواجب عليه ما قل من العمل وهو القضاء بالحق وقد أتى بذلك

لما كان أكثر المنازعات تقع في البياعات والديون عظمها بما قطعها أو هو قضاء القاضي والقاضي يحتاج إلى خصال جيدة يصلح بها القضاء
وهذا الكتاب لبیان ذلك والادب اسم يقع على كل رياضة محمودة لذلك يخرج بها الإنسان في فضيلة من الفضائل فله أوز يد ويجوز
أن يعرف بأنه ملكة تعصم من قامت به عما يشينه ولا شك أن القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأشرف العبادات بعد الإيمان بالله
عالي أمر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمد صلوات الله عليهم أجمعين (٤٥٣) قال الله تعالى أنا أنزلنا التوراة فيها

هذى وفور يحكم بها النبيون
وقال وأن احكم بينهم بما
أنزل الله ولا تتبع أهواءهم
قال (ولا تصح ولاية القاضي
الح) لا تصح ولاية القاضي
حتى يجتمع في المولى بلفظ
اسم المفعول واختاره على
المثولي بلفظ اسم الفاعل
إشارة إلى أن القاضي ينبغي
أن يكون قاضيا بتولية
غيره لا بطلبه التولية شرائط
الشهادة من الإسلام
والحرية والعقل والبلوغ
ويكون أي المولى من أهل
الاجتهاد أما الأول بعني
اشتراط شرائط الشهادة
فلان حكم القضاء يستقي
أي يستفاد من حكم
الشهادة

(قوله لما كان أكثر المنازعات
الح) أقول ماذا كرم يقتضي
إيراده عقيب كتاب الدعوى
وأيا كان ينبغي أن يبين وجه
التأخير عن الكتاب الذي
قبله على ما هو دأبهم (قوله
قال الله تعالى أنا أنزلنا التوراة
الح) أقول ليس في الآية
دلالة على أمر الله تعالى
كل مرسل به قال المصنف
(حتى يجتمع في المولى)
أقول قال في الكفاية المولى

قال (ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) أما
الأول فلان حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة

لما كان أكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات محتاجة إلى قطعها أعظمها بما هو القاطع لها
وهو القضاء والادب الخصال الجيدة والقاضي محتاج إليها فأقادها وهو أن ذكر ما ينبغي للقاضي أن
يفعله ويكون عليه وسميت الخصال الجيدة أدبالا لأنها تدعو إلى الخير والادب في الأصل من الادب بسكون
الدال هو الجمع والدعاء هو أن تجميع الناس وتدعوهم إلى طعامك يقال منه أدب زيد بأدب أدب بوزن
ضرب يضرب ضربا إذا دعاك إلى طعامه فهو أدب والمأدبة الطعام المصنوع المدعوا إليه ومنه قول
طرفة بن العبد يمدح قومه بني بكر بن وائل

ورثوا السؤدد عن آبائهم * ثم سادوا سؤدد غير زمر

نحن في المشتاة ندعوا لخلقنا * لا ترى الأدب فينا بئنا نقر

ومنه ما ذكر أبو عبيد في قول ابن مسعود أن هذا القرآن مأدبة الله فدخل فيه فهو آمن وروى عنه
أيضا مأدبة الله ففعلوا من مأدبته بفتح الدال أي تأديبه وكان الاجر يجعلهم الغنيين قال أبو عبيد لم أسمع
أحدا يقول هذا غيره وأما القضاء فقال ابن قتيبة يستعمل إيمان كل ما ترجع إلى الختم والفراغ
من الأمر يعني بإكمله وفي الشرع يراد به الإلزام ويقال له الحكم لما فيه من منع الظلم عن الظلم من
الحكمة التي تجعل في رأس الفرس وأما وصف القضاء ففرض كفاية فلا امتنع الكل أتموا هذا إذا
كان السلطان لا يفصل بنفسه فإن فعل لم يأتوا كافي البرازية والسلطان أن يكره من يعلم قدرته عليه لانه
لا بد من إيصال الحقوق إلى أربابها بالزام المانعين منها ولا يكون ذلك إلا بالقضاء وقد أمر الله تعالى به
نبيه صلى الله عليه وسلم فقال تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله وقبله صلى الله عليه وسلم داود بقوله تعالى
فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع أهوى وبعث صلى الله عليه وسلم عليا قاضيا على البن ومعاذا وقال له بم
تقضي فقال بكتاب الله قال فان لم تجد قال بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فان لم تجد قال أجتهد
برأي فأقره وعليه إجماع المسلمين (قوله لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة
ويكون من أهل الاجتهاد) هذا لفظ القدوري وذكر المولى على لفظ المفعول للاشعار بأنه التي عليه
الفعل من غير طلب له منه كما هو الأولى (أما الأولى) وهو أنه لا بد أن يكون من أهل الشهادة (فلان حكم
القضاء يستقي من حكم الشهادة) يعني كل من القضاء والشهادة يستمد من أمر واحد هو شروط الشهادة
من الإسلام والبلوغ والعقل والحرية وكونه غير أعمى ولا محذور في ذنوب والكمال فيه أن يكون عدلا
عفيفا عالما بالسنن وطريق من كان قبله من القضاء (فرع) فله عيب فعتق جاز أن يقتضي بتلك
الولاية من غير حاجة إلى تجديد كالو تحمل الشهادة حال الرق ثم عتق كذا في الخلاصة في أول كتاب
القضاء وذكر بعد رقة لو قلد قضاء مصر لصي فأدر له ليس له أن يقتضي بذلك الأمر ولو قلد كافر القضاء
فأسلم قال محمد هو على قضائه ولا يحتاج إلى تولية ثانية فصار الكافر كالعبد والفرق أن كلا منهما له ولاية
وبه مانع وبالعق والاسلام يرتفع أما الصبي فلا ولاية أصلا وما في الفصول لو قال لصي أو كافر إذا

على صيغة اسم المفعول ليكون فيه دلالة على تولية الغير إياه بدون طلبه وهو الأولى للقاضي على ما يجب وإن شاء الله تعالى انتهى وفي
وجه الدلالة نوع خفاء فإنه يطابق عليه المولى وإن طلبه (قوله لا يطلبه التولية) أقول كما يدل عليه صيغة الفعل فإنها للتكليف الذي
يستلزم الطلب (قوله شرائط الشهادة) أقول أي شرائط أداء الشهادة على المسلمين وقوله شرائط فاعل لقوله يجتمع الذي تقدم في قوله
حتى يجتمع في المولى

لان كل واحد من القضاء والشهادة من باب الولاية وهي تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى وكل ما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة فيشترط له شرائط الشهادة لان ولاية القضاء لما كانت أعم أو أكل من ولاية الشهادة أو مرتبة عليها كانت أولى باشتراطها وروى بالتحقيق المصنف بقوله فيستقي استعارة للاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان أهلاً للشهادة كان أهلاً للقضاء والعكس فالفاسق أهل للقضاء لاهليته للشهادة حتى لو قلد جازاً لأنه لا ينبغي أن يقلد لأنه لا يؤمن في أمر الدين لقلة مبالاة فيه كافي حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جازاً عندنا بناء على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة نظر إلى أهل ذلك العصر الذي شهد لهم صلى الله عليه وسلم بالنيابة وإلى ظاهر حال المسلم في غيرهم ولو كان عدلاً ففسق بأخذ الرشوة بضم الراء وكسر ها وهي معروفة أو غيرهما مثل الزنا وشرب الخمر لا ينزل إذا لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فيعزله من له الأمر وهذا يقتضي نفوذ أحكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل واليه أشار الامام البرزوي وقوله وهذا إشارة إلى أن استحقاق العزل دون العزل وهو ظاهر المذهب وروى عن الكرخي أنه ينزل بالفسق وهو اختيار (٤٥٤) الطحاوي وعلى الرازي صاحب أبي يوسف ويجوز أن يكون إشارة إلى ذلك وإلى ما تقدم

من جواز تقليد الفاسق القضاء فان اختيار الطحاوي أن الفاسق إذا قلد القضاء لا يصير قاضياً

(قوله لان كل واحد الخ) أقول في دلالة على الصغرى كلام يندفع بما في النهاية من اعتبار الأشهرية قال في النهاية هذا من قبيل بيان حكم المرجع أي مرجعهم إلى أصل واحد وهو أن يكون القاضي حراً مسلماً بالغياً فلا عدلاً كافي الشهادة لأن يكون حكم القضاء مبنياً على حكم الشهادة لكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس يعرف أوصاف القضاء بأوصاف الشهادة بهذا الطريق لذلك ولأن أصل الولاية ثبت بأهلية الشهادة كمال الولاية بالقضاء وكال الشيء

لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح لأنه لا ينبغي أن يقلد كافي حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جازاً عندنا ولو كان القاضي عدلاً ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله أدركت فصل بالناس أو اقض بينهم جاز لا يخالف ما ذكر في الصبي لان هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط وما تقدم تحيز واذ لم تصح ولاية الصبي قاضياً لا يصح سلطاناً في زماننا من تولية ابن صغير للسلطان إذا مات فقد سئل في فتاوى النسفي وصرح بعدم ولايته وقال ينبغي أن يكون الاتفاق على والٍ عظيم يصير سلطاناً وتقليد القضاء منه غير أنه يعد نفسه تبعاً لابن السلطان تعظيماً وهو السلطان في الحقيقة انتهى ومقتضى هذا أنه يحتاج إلى تجديد بعد بلوغه وهذا لا يكون إلا ان عزل ذلك الوالي العظيم نفسه من السلطنة وذلك أن السلطان لا ينزل إلا بعزله بنفسه وهذا غير واقع وأما المذكورة فليست بشرط إلا للقضاء في الحدود والدماء فتقضى المرافعة في كل شيء إلا فيهما وقد اختلف في قضاء الفاسق فأكثر الأئمة على أنه لا تصح ولايته كالفاسقي وغيره كالاتي لا تقبل شهادته وعن علمائنا الثلاثة في النوادر مثله لكن العزالي قال اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرهما معذور في عصرنا نأخذ بالعصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطاناً ذو شوكة وأن كان جاهلاً فاسقاً وهو ظاهر المذهب عندنا فلو قلد الجاهل الفاسق صح ويحكم بقضوي غيره ولكن لا ينبغي أن يقلد والحاصل أنه ان كان في الرعية عدل عالم لا يحل تولية من ليس كذلك ولو لم يصح على مثال شهادة الفاسق لا يحل قبولها وان قبل نفذ الحكم بها وفي غير موضع ذكر الأولوية بمعنى الأولى أن لا تقبل شهادته وان قبل جازاً ومقتضى الدليل أن لا يحل أن يقضى بها فان قضى جازاً ونفذ (ولو كان عدلاً) قبل الولاية قولي (ففسق) وجاز (بأخذ الرشوة وغيرها) من أسباب الفسق (لا ينزل ويستحق العزل هذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا)

لا يكون بدون أصله فيصالح أن يكون أهلية الشهادة أصلاً لأهلية القضاء وهذا لان الشهادة توجد بدون وصف القضاء ولا يوجد وصف القضاء بدون وصف الشهادة فكانت ولاية القضاء فرع الشهادة من هذا الوجه فيصح هذا الكلام انتهى (قوله لان ولاية القضاء الخ) أقول هذا الدليل لا يثبت الكبرى الكلية (قوله أو أكل من ولاية الشهادة) أقول أذ به يقطع النزاع (قوله أو مرتبة عليها كانت أولى الخ) أقول في ثبوت الأولوية في صورة الترتيب بحث كما لا يخفى لا يقال ان القضاء بالشهادة لما كان مشروطاً بما يكون شرط الشهادة شرطاً لها بالطريق الأولى لكونه مشروطاً بذلك الشرط لأنه مغالطة كما لا يخفى (قوله ولو قبل جازاً في غيرهم) أقول فيه ان ما ذكره لا يدل على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة بل على عكس ذلك فتأمل نعم يدل عن عدم اشتراط التعديل ولا يفيد لكن المراد العدالة الظاهرة المعلومة فتأمل فإنه لا يصح أن يكون ما ذكره معنى لجواز قبول شهادة الفاسق (قوله وهذا يقتضي نفوذ أحكامه الخ) أقول مسلم كما لا يخفى فان قضاء فيما ارتشى عمل لنفسه والقضاء عمل لله فلا يكون ما فعله قضاء (قوله وهذا إشارة إلى أن استحقاق الخ) أقول الظاهر راسخاً أن في قوله إلى أن الخ ثم أقول وعلى الأول تدل عبارة الكافي حيث قال ولو كان القاضي عدلاً ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينزل ويستحق العزل في ظاهر الرواية انتهى (قوله ويجوز أن يكون إشارة إلى ذلك) أقول بتأويل ما ذكر

والاول أظهر لقوله (وعن علمائنا الثلاثة رجعهم الله في النواذر أنه لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي فإنه لا يجوز قضاؤه عنده كالاتقبل
شهادته عنده) وقيل هذا بناء على أن الإيمان يزيد وينقص فإن الأعمال من الإيمان عنده فاذا فسق فقد انتقص إيمانه (وقال بعض
المشايخ أنه اذا قلنا الفاسق يصح ولو قلنا وهو عدل ففسق ينزل به لان المقلدا اعتمد عدالة الله في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها) فكان
التقليد مشروطا بقاء العدالة فينتفي بانتفاءها واعترض بأن قول الفقهاء البقاء (٤٥٥) أسهل من الابتداء في جواز

التقليد مع الفسق ابتداء
والعزل بالفسق الطارئ
والاول ثابت لانه من مسلمات
هذا الفن ينبنى عليه أحكام
كثيرة كبقاء النكاح بلا
شهود وامتناعه ابتداء
بدونها وجواز الشيوع في
الهمة بقاء لا ابتداء فينتفي
الثاني وهو ثبوت القضاء
بالفسق ابتداء والعزل
بالفسق الطارئ والجواب
يؤخذ من الدليل المذكور
وهو أن التقليد كان معلقا
بالشرط فان تعليق القضاء
والامارة بالشرط جائز بدليل
ماروى أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم بعث جيشا
وأمر عليهم زيد بن حارثة ثم
قال ان قتل زيد فجعفر
أميركم وان قتل جعفر
فعبد الله بن رواحة أميركم
وكذلك تعليق عزل القاضي
بالشرط جائز كره في باب
موت الخليفة من شرح
أدب القاضي والمعلق بالشرط
ينتفي بانتفاءه والفرق بين
القضاء والامارة والامارة
في أن الامام أو الامير اذا
كان عدلا وقت التقليد

وقال الشافعي رحمه الله الفاسق لا يجوز قضاؤه كالاتقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة رجعهم الله
في النواذر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ رجعهم الله اذا قلنا الفاسق ابتداء يصح ولو قلنا وهو عدل
ينزل بالفسق لان المقلدا اعتمد عدالة الله فلم يكن راضيا بتقليده دونها

الجاريون والسمقيون ومعنى يستحق العزل أنه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصول وقيل اذا
ولى عدلا ثم فسق ان عزل لان عدالة الله في معنى المشروطة في ولايته لانه حين ولاه عدلا اعتمد عدالة الله
فكانت ولايته مقيدة بعد الله فتزول بزوالها ولا شك انه لو لم ذلك ان عزل فان الولاية تقبل التقييد
والتعليق بالشرط كما اذا قال له اذا وصلت الى بلدة كذا فانت قاضيا واذا وصلت الى مكة فانت أمير
الموسم والاضافة كأن يقول جعلتك قاضيا في رأس الشهر ويستثنى منها كأن يقول جعلتك قاضيا
الافى قضية فلان أو لا تنتظر في قضية كذا لكن لا يلزم ذلك اذا يلزم من اختيار ولايته لاحل تقييدها
به على وجهه نزول بزواله فلا ينزل وبهذا التقرير يدفع المرد من أن البقاء أسهل من الابتداء وفي
الابتداء يجوز ولاية الفاسق في البقاء لا ينزل وانفقوا في الامارة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق
لانها مبنية على القهر والغلبة ثم الدليل على جواز تعليق الامارة وضافتم اقوله صلى الله عليه وسلم حين
بعث البعث الى مائة وأمر عليهم زيد بن حارثة ان قتل زيد فجعفر أميركم وان قتل جعفر فعبد الله
ابن رواحة وهذه الفصحة مما اتفق عليها جميع أهل السير والمغازي ثم الرشوة أربعة أقسام منها
ما هو حرام على الآخذ والمعطى وهو الرشوة على تقليد القضاء والامارة ثم لا يصير قاضيا الثاني ارتشاء
القاضي ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لا ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة التي ارتشى فيها سواء كان
يحق أو يبطل أما في الحق فلا نه واجب عليه فلا يحل أخذ المال عليه وأما في الباطل فأظهر
وحكي في الفصول في نفاذ قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلاثة أقوال لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما
سواه وهو اختيار شمس الأئمة لا ينفذ فيهما ينفذ فيهما وهو ما ذكره البرزوي وهو حسن لان حاصل أمر
الرشوة فيما اذا قضى بحق يحجبها فسقه وقد فرض أن الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه
يحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ما وجه به أنه اذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده يعنى
والقضاء عمل لله تعالى وارتشاء القاضي أو ولده أو من لا تقبل شهادته له أو بعض أعوانه سواء اذا كان
بعلمه ولا فرق بين أن يرتشى ثم يقضى أو يرتشى ثم يرضى وفيه لو أخذ الرشوة ثم بعث الى شافعي ليحكم
لا ينفذ قضاء الثاني لان الاول عمل في هذا نفسه حين أخذ الرشوة وان كان كتب الى الثاني ليسمع
الخصومة وأخذ من مثل أجرة الكتاب صح المكتوب اليه والذي قلنا بواسطة الشفعة كالذي قلنا احتسابا في
أنه ينفذ قضاؤه وان كان لا يحل طلب الولاية بالشفعة الثالث أخذ المال ليسوى أمره عند السلطان
دفع الضرر أو جلب النفع وهو حرام على الآخذ لا الدافع وحيلة حلها لا أخذ أن يستأجره يوما الى الليل
أو يومين فتصير منافعه له لو كره ثم يستعمله في الذهاب الى السلطان للامر الفلاني وفي القضية قسم
الهديبة وجعل هذا من أقسامها فقال حلال من الجانبين كالاهداء لا تؤدد وحرام من الجانبين

ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة أن مبني الامارة على السلطنة والقهر والغلبة ألا ترى ان من الامر امن قد غلب وجار وأجازوا
أحكامه والصحابة تقلدوا الاعمال منه وصاروا خلفه وأما مبني القضاء فانه على العدالة والامانة واذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة

(قوله والاول أظهر لقوله الخ) أقول وفيه تأمل لحقافة دلالة ما ذكره على الظهريه (قوله وقيل هذا بناء الخ) أقول فيه بحث (قوله
والاول ثابت) أقول يعنى قوله البقاء أسهل (قوله وامتناعه الخ) أقول يعنى امتناع النكاح بلاشهود (قوله وجواز الشيوع في الهمة الخ)
أقول كما اذار جمع الواهب في البعض الشائع واستحق البعض الشائع (قوله وأما مبني القضاء الخ) أقول اذا كان عدلا وقت التقليد

(والفاسق هل يصلح مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين والفاسق لا يؤمن عليها وقيل يصلح لانه يخاف أن ينسب الى الخطأ فلا يترك الصواب وأما الثاني) يعني اشتراط الاجتهاد للقضاء فان لفظ القدوري يدل على أنه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح وقد ذكر محمد في الاصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا لكن (الصحيح أن أهلية الاجتهاد بشرط الاولوية) قال الخصاص القاضي بقضي باجتهاد نفسه اذا كان له رأى فان لم يكن له رأى وسأل فقيها أخذ بقوله (قوله فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) يحتمل أن يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه (٤٥٦) جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسباق الكلام ويحتمل أن يكون المراد به

وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين وخبره غير مقبول في البيانات وقيل يصلح لانه يجتهد كل الجهد في اصابة الحق حذارا للنسبة الى الخطأ وأما الثاني فالصحيح أن أهلية الاجتهاد بشرط الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم وانما أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو اصال الحق الى مستحقه

كلاهما وليعينه على الظلم حلال من جانب المهدي حرام على الآخر خذوه وان يهدي اليكف عنه الظلم والحيلة أن يستأجر الخ قال هذا اذا كان فيه شرط أما اذا كان الاهداء بلا شرط ولكن يعلم بقين انه انما يهدي اليه ليعينه عند السلطان فشا يخضع له لا بأس به ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فأهدى اليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به وما نقل عن ابن مسعود من كراهته فورع الرابع ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع اليه على نفسه وماله حلال للدافع حرام على الآخر خذ لان دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز أخذ المال ليفعل الواجب (وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين) وقد ظهرت خيانتة للدين (وقيل يستغنى لانه يجتهد كل الجهد حذارا أن ينسبه فقهاء عصره الى الخطأ وأما الثاني) وهو اشتراط أهلية الاجتهاد (فالصحيح أنهم ليسوا بشرط الاولوية بل الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) ويحكم بفتوى غيره (خلافا للشافعي) ومالك وأحمد وقولهم رواية عن علمائنا من محمد في الاصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا ولكن المختار خلافه قالوا القضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم قلنا يمكنه القضاء بفتوى غيره (ومقصود القضاء وهو اصال الحق الى مستحقه) ورفع الظلم (يحصل به) فاشتراطه ضائع والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد فانه لا قطع في مسائل الشك وادقضى بقول مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب وكون معاذ قال اجتهد رأي لا يلزمه اشتراطه وانما لم يذكر معاذ الاجماع لانه لم يكن حجة في زمنه صلى الله عليه وسلم وقد قدمنا أيضا عن الغزالي توجيه خلافه فيعلم في هذا الزمان وفي بعض نسخ الهداية الاستدلال على تقليد المقلد بتقليد النبي صلى الله عليه وسلم عليا اليمن ولم يكن مجتهدا فليس بشي فانه عليه الصلاة والسلام دعاه بأن يهدي الله قلبه وبثب لسانه فان كان به هذا الدعاء رزق أهلية الاجتهاد فلا اشكال والافقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسادد وهذا غير ثابت في غيره وسند كرسند حديث علي رضي الله عنه واعلم أن ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي فلا يبقى الا المجتهد وقد استقر رأي الاصوليين على أن المفتي هو المجتهد وأما غير المجتهد فمن يحفظ أقوال المجتهد فليس يفتي والواجب عليه اذا سئل أن يذكر قول المجتهد كأبي حنيفة على جهة الحكاية فعرى أن ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي لياخذ به المستفتي وطريق نقله كذلك عن المجتهد أحد أمرين اما أن يكون له فيه سند اليه أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدي نحو كتب

من لا يحفظ شيأ من أقوال الفقهاء وهو المناسب لسباق الكلام وهو قوله (خلافا للشافعي) فانه علل له بقوله (ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم) ولم يقل دون الاجتهاد وشبهه بالتحري فان الانسان لا يصل الى المقصود لتحري غيره بالاتفاق فلو صلى بتحري غيره لم يعتبر ذلك والاول هو الظاهر (ولنا أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره لان المقصود من القضاء هو أن يصل الحق الى المستحق) وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى غيره وبؤيده ما ذكره أحمد بن حنبل رحمه الله في مسنده عن علي رضي الله عنه قال أنفذني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وأنا حديث السن فقلت تنفذني الى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء فقال ان الله تعالى سيهدي لسانك وينبئ قلبك فما شككت

في قضاء بين اثنين بعد ذلك فانه يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان عليا حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد محمد

(قوله ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيأ الخ) أقول فيه بحث فان مقتضى التشبيه بالتحري أن يراد بالجاهل غير المجتهد لا من لا يحفظ شيأ من أقوال الفقهاء (قوله ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون الاجتهاد) أقول لعل المراد بالعلم المعهود أعني العلم بالحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية بقرينة المقام (قوله وشبهه بالتحري) أقول يعني شبه المصنف على ما وجد في بعض النسخ بعد قوله دون العلم فصار كالتحري فانه لا يصل بتحري غيره (قوله فانه يدل على أن الاجتهاد الخ) أقول الكلام في صحة ولاية المستمر على الجهل

وينبغي للقلد أن يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلدا انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين

محمد بن الحسن ونحوهما من التصانيف المشهورة للجهتدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم أو المشهور هكذا ذكر الرازي فعلى هذا لو وجدنا بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عزومها فيها الى محمد ولا الى أبي يوسف لانهم لم تستهتر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول نعم اذا وجد النقل عن النوادر مثلا في كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب فلو كان حاقظا لا قايلا المختلفة للجهتدين ولا يعرف الحق ولا قدره على الاجتهاد للترجيح لا يقطع بقول منها يقتضي به بل يحكمها بالاستفتي فيجتار المستفتي ما يقع في قلبه انه الا صوب ذكره في بعض الجوامع وعندى انه لا يجب عليه حكاية كلها بل يكفيه أن يحكي قولها منها فان المقلد ان يقلد أي مجتهد شاء فاذا ذكر أحد ما قلده حصل المقصود نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسئلتك كذا بل يقول قال أبو حنيفة حكم هذا كذا نعم لو حكى الكل فالأخذ بما يقع في قلبه انه الا صوب أولى والعامي لا عبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم وخطئه وعلى هذا اذا استفتي فقيهان أعني مجتهدين فاختلعا عليه الاوى أن يأخذ بما يحل اليه قلبه منهما وعندى أنه لو أخذ بقول الذي لا يحل اليه قلبه جاز لان ميله وعدمه سواء والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ قالوا المنتقل من مذهب الى مذهب آخر باجتهاد وبرهان أنتم يستوجب التعزيز فبلا اجتهاد وبرهان أولى ولا بد أن يراعى هذا الاجتهاد معنى التكرى وتحكيم القلب لان العامي ليس له اجتهاد ثم حقيقة الانتقال انما يتحقق في حكم مسألة خاصة قلده وعمل به والافقوله قلدت أبا حنيفة فيما أفتى من المسائل مثالا والتمت العمل به على الاجال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد بل هذا حقيقة تعليق التقليد أو وعده به لانه التزم أن يعمل بقول أبي حنيفة فيما يقع له من المسائل التي تعين في الوقائع فان أرادوا هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بالزامه نفسه ذلك قولاً لاؤنية شرعا بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتاج اليه لقوله تعالى فاستأوا أهل الذكر ان كنتم لاتعلمون والسؤال انما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة وحينئذ اذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عليه عمله والغالب أن مثل هذه الزامات منهم لكف الناس عن تبسع الرخص والا أخذ العامي في كل مسألة بقول مجتهد قوله أخف عليه وأنا لا أدري ما يمنع هذا من النقل أو العقل وكون الانسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه وكان صلى الله عليه وسلم يجب ما خفف عن أمته والله سبحانه أعلم بالصواب (قوله) وينبغي للقلد وهو من له ولاية التقليد (أن يختار من هو اقدر وأولى) لديانته وعفته وقوته دون غيره وبرزقه من بيت المال ولا بأس للقاضي أن يأخذوا ان غنيام ثريا وان احتسب فهو أفضل والاصل فيه قوله تعالى في مال اليتيم اذا عمل فيه الوصى ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل كل بالمعروف وذكر عن عمر رضي الله عنه انه كان يرزق سليمان بن ربيعة الباهلي على القضاء كل شهر خمسمائة درهم لانه فرغ نفسه للعمل للمسلمين فكانت كفايته وعياله عليهم قالوا وكان عمر رضي الله عنه يرزق شريحا كل شهر مائة درهم وبرزقه على خمسمائة وذلك لقله عياله في زمن عمر رضي الله عنه أو رخص السعر وكثرة عياله في زمن علي رضي الله عنه أو غلاء السعر فبرزق القاضي لا يقدر بشئ لانه ليس بأجر لانه لا يحل على القضاء وانما يختار الاوى لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه البخاري في المستدرک عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من استعمل رجلا على عصاة وفي تلك العصاة من هو أراضى لله منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وقال صحيح الاسناد وتعقب بحسين بن قيس فانه ضعيف وضعفه العقيلي وقال انما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضي الله

(نعم ينبغي للقلد أن يختار الاقدر والاولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلدا انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين) وهو حديث ثبت بنقل العدول فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونات فانه طعن بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل

(قوله فلا يلتفت الى ما قيل الخ) أقول وقد مر في باب الاحرام من كتاب الحج

(قوله وفي حد الاجتهاد) اشارة الى معنى الاجتهاد اجمالاً فان بيانه تفصيلاً موضع أصول الفقه وقد ذكرناه في التقرير مفصلاً (وحاصل ذلك أن يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وأصاحب فقه له معرفة بالحديث لثلايشغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين العبارتين (٤٥٨) نير (وقيل أن يكون مع ذلك) أي مع ما ذكرنا من أحد الأمرين (صاحب قريحة) أي

وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وأصاحب فقه له معرفة بالحديث لثلايشغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة يعرف بمعادات الناس لأن من الأحكام ما يفتي عليها قال (ولأبأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه) لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولأنه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف

عنه وأخرجه الطبراني من غير طريق حسين هذا عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تولى من أمر المسلمين شيئاً فاستعمل عليهم رجلاً وهو يعلم أن فيه من هو أولى بذلك وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد خان الله ورسوله وجاعة المسلمين وروى أبو يعلى الموصلي في مسنده عن حذيفة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أعمار رجل استعمل رجلاً على عشرة أنفس وعلم أن في العشرة من هو أفضل منه فقد غش الله ورسوله وجاعة المسلمين والذي له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذي نصبه الخليفة وأطلق له التصرف وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف فان له أن يولي ويعزل كذا قالوا ولا بد من أن لا يصرح له بالمنع أو يعلم ذلك يعرفهم فان نائب الشام وحلب في دييارنا يطلق لهم التصرف في الرعية والخراج ولا يولون القضاء ولا يعزلون ولو ولي حكم المولى ثم جاء بكتاب للسلطان لا يكون ذلك امضاء للقضاء والحرية شرط في السلطان وفي التقليد بالاصالة لا بطريق النيابة فان السلطان اذا أمر عبده على ناحية وأمره أن ينصب القاضي جاز فان نصبه كنصب السلطان بنفسه (قوله وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه وحاصل ذلك) الكلام (أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وأصاحب فقه له معرفة بالحديث لثلايشغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين القولين أن على الاول نسبته الى معرفة الحديث أكثر من معرفته بالفقه وفي الثاني عكسه ثم إن المصنف رتب على الاول كونه حينئذ يعرف معاني الآثار والمراد بمعاني الآثار المعاني التي هي مناطة الاحكام الدالة عليها الفاظ الحديث وعلى الثاني سلامته من القياس مع معارضة النص وقد وقع التصريح بأنهما قولان ولا شك في ذلك لانهما متضادان لان كونه أدري بالحديث من الفقه يضاد كونه أدري بالفقه من الحديث وأنت تعلم أن المجتهد يحتاج الى الأمرين جميعاً وهو تحرزه من القياس في معارضة النص ومعرفة معاني الآثار ليتمكن من القياس فالوجه أن يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الآثار ويمتنع عن القياس بخلاف النص والحاصل أن يعلم الكتاب والسنة بأقسامهما من عبارتهما وإشارتهما وماودالاتهما واقتضائهما وباقي الاقسام نامتخهما ومنسوخهما ومناطاة أحكامهما ومشروط القياس والمسائل المجمع عليها لثلا يقع في القياس في مقابلة الاجماع وأقوال الصحابة لانه قد قدمه على القياس فلا يقس في معارضة قول الصحابي ويعلم عرف الناس وهذا قوله (وقيل أن يكون صاحب قريحة الخ) فهذا القيل لا بد منه في المجتهد فن آتقن هذه الجملة فهو أهل للاجتهاد فيجب عليه أن يعمل باجتهاده وهو أن يبذل جهده في طلب الظن بحكم شرعي عن هذه الأدلة ولا يقلد أحداً (قوله ولأبأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا ولأنه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف)

طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات المكندة ينتقل من المطالب الى المبادئ ومنها الى المطالب بسرعة يترتب المطلوب على ما يصلح أن يكون سبباً له من عرف أو عادة فان من الاحكام ما يفتي عليها مخالف للقياس كدخول الحمام وتعاطي العجين وغير ذلك قال (ولا أبأس بالدخول في القضاء الخ) ولأبأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه اذا ولاه قام بما هو فرضه وهو الحق لان القضاء بالحق فرض أمر به الانبياء قال الله تعالى اداود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا صلى الله عليه وسلم انا أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه أنه يؤدي هذا الفرض فلا أبأس بالدخول فيه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولأنه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف ونهيا عن المنكر واعترض بأن الدخول في فرض الكفاية ان لم يكن واجباً فلا أقل من الندب كما في صلاة الجنائز وغيرها

اما

وأجيب بانه كذلك الآن فيه خطر الوقوع في المحذور

(قوله وحاصل ذلك أن يكون الخ) أقول قوله له خبر ويجوز أن يكون حالاً وان يكون صفة بل هو أولى (قوله من عرف أو عادة) أقول للتخفيف والتعبير (قوله وتعاطى العجين) أقول أي استقرضه فان القياس يأبى جواز عدم إمكان معرفة المساواة فيه لعدم إمكان معرفة ما دخل في كل منهما من الماء (قوله وقال لنبينا عليه الصلاة والسلام الخ) أقول فيه تأمل

فكان به بأس قال (وبكره الدخول فيه لمن يخاف العجز الخ) من خاف العجز عن أداء فرض القضاء ولا يأمن على نفسه الحيف وهو الحود فيه كرهه الدخول فيه كي لا يصير الدخول فيه شرطا أي وسيلة إلى مباشرة القبيح وهو الحيف في القضاء وإنما عبر بلفظ الشرط لأن أكثر ما يقع من الحيف انما هو الميل إلى حطام الدنيا بأخذ الرشا وفي الغالب يكون ذلك مشروطا بمعتقد ارمعين مثل أن يقول لي على فلان أوله على مطالبة بكذا فان قضيت لي فلك كذا وكره بعض العلماء أو بعض السلف الدخول فيه مختارا سواء وثقوا بأنفسهم أو خافوا عليها وفسر الكراهة ههنا بعدم الجواز قال الصدر الشهيد في أدب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه الا مكرها لا ترى ان أبا حنيفة رحمه الله دعى إلى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشر أصحابي فاستشار أبا يوسف رحمه الله فقال أبو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس فنظر إليه أبو حنيفة نظر المغضب وقال رأيت لو أمرت أن أغبر البحر سباحة كنت أقدر عليه وكأني بك قاضيا وكذا دعى محمد رحمه الله إلى القضاء فأبى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد واستدل المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكن رواه أبو هريرة رضي الله عنه وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكن قال لأن السكن يؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكن يؤثر في الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر وبإل القضاء لا يؤثر في الظاهر فإن ظاهره جاء وعظمه لكن في باطنه هلاك وكان شمس الأئمة الحلواني رحمه الله يقول لا ينبغي لاحد أن يردى هذا اللفظ كي لا يصيبه (٤٥٩) ما أصاب ذلك القاضي فقد حكى ان

قاضيا روى له هذا الحديث فازدراء وقال كيف يكون هذا ثم دعى في مجلسه بمن يسوى شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فأصابه الموسى وألقى رأسه بين يديه ثم قال المصنف (والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في إقامة العدل) روى الحسن عن أبي يوسف ومحمد أنه إذا قلد من غير مسئلة لا بأس به وقال (الترك عزية لأنه قد يخطئ ظنه)

قال (وبكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه) كي لا يصير شرطا لمباشرة القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختار القول عليه الصلاة والسلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكن والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في إقامة العدل والترك عزية قلعه يخطئ ظنه ولا يوفق له أولا يعنه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو أهلا للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد وإخلاص العالم عن الفساد

أما ان العبادة تقلدوا فحديث معاذ معروف وكذا على رضي الله عنهم الرواية أبي داود عن علي قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضيا فقلت يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن ولا أعلم لي بالقضاء فقال ان الله سيهدي قلبك وينبئ لسانك فاذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الاول فانه احرى أن يتبين لك القضاء قال فارتلت قاضيا أو ما شككت في قضاء بعدد ورواه أحمد واسحق بن راهويه والطحاكي وقال صحيح الاسناد وأخرجه ابن ماجه وفيه فضر بصدري وقال اللهم اهد قلبي ونبئت لسانه قال فما شككت الحديث وصححه أيضا الحاكم في المستدرک عن ابن عباس قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم عليا رضي الله عنه إلى اليمن فقال علمهم الشرائع واقض بينهم الحديث وصححه ثم قلد على شريحا الامام وأمانه فرض كفاية

فما احتد (ولا يوفق له) اذا كان مجتهدا (أولا يعنه عليه غيره ولا بد من الاعانة) ان كان غير مجتهد وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضي للخصاف دخل في القضاء قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه أصح وأسلم لديه لأنه ملتزم أن يقضى بحق ولا يدرى أي قدر على الوفاء به أولا وفي ترك الدخول صيانة لنفسه وهذا اذا كان في البلد غير ممن يصلح للقضاء (فأما اذا كان هو الأهل دون غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد) في حقهم (واخلاص العالم عن الفساد) في الحدود والقصاص فاذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه أتموا ان كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم والأفلا ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الأثم لا دانه إلى تضييع أحكام الله تعالى

(قوله فكان به بأس) أقول سبق من الشارح في أول فصل التنفيل أن قول من قال كلمة لا بأس تستعمل فيما يكون تركه أولى ليس بمجرى على عومه (قوله كي لا يصير الدخول فيه شرطا أي وسيلة إلى مباشرة القبيح) أقول فيه بحث فان شرط مباشرة القبيح على ما ذكره ليس بالدخول في القضاء فلا يطابق المشروح ولا يبعد أن يدعى كون الدخول شرطا لصدق تعريضه عليه فتأمل (قوله لا ترى أن أبا حنيفة الخ) أقول فيه أن قصة أبي حنيفة لا تدل على جواز الدخول فيه ولو مكرها لا يرى أنه أكره عليه ولم يدخل قال المصنف (والصحيح الخ) أقول فالحديث محمول على القاضي الجائر أو الطالب (قوله لأنه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد الخ) أقول فيه بحث فان المجتهد اذا أخطأ ثاب وعندي الأصوب أن يقال قلعه يخطئ ظنه أي ظنه قبل الدخول في القضاء بأنه يقضى بالحق اهله يخطئ اذ ربما يظهر الطمع الكامن الذي كان غافلا وغير ذلك من الغصب والتعصب والميل إلى بعض الاشياء والخوف (قوله ان كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم) أقول أي لا يفصل الخصومات بين الناس كما ينبغي

قال (وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها) لقوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولأن من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم

فقد قدمناه غير أن مقتضاه أن يكون الدخول فيه مستحبا وعبرة لا بأس أكثر استعمالها في المباح وما تركه أولى وحاصل ما هنا أنه إن لم يأمن على نفسه الخيف أي الجور أو عدم إقامة العدل كرهه الدخول كراهة تحريم لأن الغالب الوقوع في محظوره حيث ذوان أمن أي برخصه والترك هو العزيمة لانه وإن أمن فالغالب هو خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه فيؤخره عن الاستحباب هذا إذا لم تحصر الأهلية فيه وإن انحصر صار فرض عين وعليه ضبط نفسه إلا أن كان السلطان عن يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك وحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين حسنة الترمذي وأخرجه ابن عدي في الكامل من حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استقضى فقد ذبح بغير سكين وحكى أن بعض القضاة استخف بهذا الحديث ثم دعاهم يسوي له لميته فيبينما هو يحل له لميته في حلقومه اذ عطس القاضي فالتقى الموصي رأسه وقد حاه في التحذير من القضاء آثارا وقد احتجته أبو حنيفة وصبر على الضرب والسجن حتى مات في السجن وقال البحر عني فكيف أعبره بالسباحة فقال أبو يوسف البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال أبو حنيفة كائن بك فاضيا وقل أبي حنيفة كقول أبي قلابة ما وجدت القاضي إلا كساحج في بحر فكيف يسبح حتى يفسرق وكان دعي للقضاء فهرب حتى أتى الشام فوافق موت فاضيه فهرب حتى أتى اليمامة واجتنبه كثير من السلف وقيد محمد بن الحسن بنفوا وثلاثين يوما ونيفا وأربعين يوما ليقلده وقد أخرج مسلم عن أبي ذر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له يا أبا ذر إن أحب لك ما أحب لنفسى لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال البيت وأخرج أبو داود عن أبي بردة عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة رجل عرف الحق ف قضى به فهو في الجنة ورجل عرف الحق فلم يقض وجار في الحكم فهو في النار ورجل لم يعرف الحق ف قضى للناس على جهل فهو في النار وفي صحيح ابن جبان عن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يمتني أنه لم يقض بين اثنين في عمره وأخرج الحاكم عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ولي عشرة فكم بينهم بما أحبوا أو كرهوا جنى به يوم القيامة مغالوة يداها إلى عنقه فان حكم بما أنزل الله ولم يرتس في حكمه ولم يخف فلك الله عنه غلة وإن حكم بغير ما أنزل الله وارتشى في حكمه وحاف فيه شدة يساره إلى يمينه ثم رمى به في جهنم وروى النسائي عن مكحول لو خيرت بين ضرب عني وبين القضاء لاخترت ضرب عني وأخرج ابن سعد في الطبقات قال استعمل أبو الدرداء على القضاء فأصبح الناس يهنونه بالقضاء فقال آتهموني بالقضاء وقد جعلت على رأس مهواة منزلتها بعد من عدن آيين وأما ما في البخاري سبعة يظلمهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله امام عادل فلا ينافي بحجته أو لا مغالوة يده إلى عنقه إلى أن يفكها عاده فيظلمه الله تعالى في ظله فلا يعارض (قوله وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها) لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل إلى نفسه الخ) أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سأل القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولفظ أبي داود من طلب القضاء واستعان عليه وأخرجه الترمذي أيضا على أنس مرفوعا من ينبغي القضاء وسأل فيه شفعاء وكل إلى نفسه ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكا يسدده وقال حسن غريب وهو أصح من حديث اسرئيل بن يونس سند الأول وأصح من الكل

قال (وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها الخ) من صلح للقضاء ينبغي له أن لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسألها بلسانه لما روى أنس ابن مالك رضي الله عنه من قوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وكل بالتخفيف أي فوض أمره إليها ومن فوض أمره إلى نفسه لم يمتد إلى الصواب لأن النفس أمارة بالسوء لأن من طلب القضاء فقد اعتمد فقعه وورعه وذكاه وأعجب فيحصر التوفيق وينبغي أن لا يشتغل المرء بطلب ما لو نال يحرم به وإذا أكره عليه فقد اعتصم بحبل الله مكسور والقلب بالأكراه على ما لا يحب ويرضاه وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق

(قوله ثم يجوز بالتقليد)

تفريع على مسئلة القدوري
يتبين أنه لا فرق في جواز
التقليد لاهلين أن يكون
المولى عادلاً أو جائرًا فكما جاز
من السلطان العادل جاز
من الجائر وهذا لأن الصحابة
رضي الله عنهم تقلدوا القضاء
من معاوية وكان الحق مع
علي رضي الله عنهم في نوبته
دل على ذلك حديث عمار
ابن ياسر وأما قيد بقوله (في
نوبته) احترازًا عما يقوله
الروافض أن الحق مع علي
رضي الله عنه في نوبة أبي
بكر وعمر وعثمان رضي
الله عنهم أجمعين وليس
الامر كما قالوا بل أجمع الأمة
من أهل الحل والعقد على
صحته خلافاً لاختلاف قبله
وموضعه باب الامامة في
أصول الكلام وعلماء
السلف والتابعين تقلدوه
من الجحاح وجوره مشهور
في الاتفاق وقوله (الاذا
كان لا يمكنه من القضاء)
لستثناء من قوله يجوز التقليد
من السلطان الجائر فإنه اذا
كان لا يمكنه من القضاء
(لا يحصل المقصود بالتقليد)
فلا فائدة لتقليده (بخلاف
ما اذا كان يمكنه)

(قوله احترازًا عما يقوله

الروافض) أقول ويحتمل

أن يكون احترازًا عن

خلافه معاوية باستقلاله

(ثم يجوز التقليد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل) لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية
رضي الله عنه والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الجحاح وكان جائرًا
الاذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقليد بخلاف ما اذا كان يمكنه

حديث البضاري قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن مبرة لا تسأل الامارة فانك ان أوتيتها
عن مسئلة وكالت اليها وان أوتيتها عن غير مسئلة أعنت عليها واذا كان طلب الولاية أن يوكل الى نفسه
وجب أن لا يحصل لانه حينئذ معلوم وقوع الفساد منه لانه محذور (قوله) ويجوز التقليد من السلطان
الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد
علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الجحاح) هذا تصريح بجور معاوية والمراد في خروجه
لا في أفضيته ثم انما يتم اذا ثبت انه ولي القضاء قبل تسليم الحسن له وأما بعد تسليمه فلا ويسمى ذلك العام
عام الحاجة واستتضى معاوية بأالدرداء بالشام وبهجمات وكان معاوية رضي الله عنه استشاره فحين
يولي بعده فأشار عليه بفضالة بن عبيد الانصاري فولاه الشام بعده وقوله في نوبته نوبة علي التي ذكرها
المصنف هي كونه رابعًا بعد عثمان وقيد بنوبته احترازًا عن قول الروافض انه كان أحق بها في سائر النوب
حتى من أبي بكر رضي الله عنه وانما كان الحق معه في تلك النوبة لصحة بيعته وانعقادها فكان على
الحق في قتال أهل الجبل وقتال معاوية بتصفين وقوله عليه الصلاة والسلام لعمار ستقتلك الفئة الباغية
وقد قتله أصحاب معاوية بصريح بانهم بغاة ولقد أظهرت عائشة رضي الله عنها الندم كما أخرجه ابن عبد
البرقي الاستيعاب قال قالت رضي الله عنها لابن عمر يا أبا عبد الرحمن ما منعك أن تنهاني عن مسيرى قال
رأيت رجلاً غلب عليك يعني ابن الزبير فقالت أما والله لو نهيتني ما خرجت وأما الجحاح فعماله معروف
في تاريخ البضاري بسنده عن أبي اسحق قال كان أبو بردة بن أبي موسى على قضاء الكوفة فعزله الجحاح
وجعل أخاه مكانه وأسند في موضع آخر عن ضمرة قال استفضى الجحاح أبا بردة بن أبي موسى وأجلس
معه سعيد بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير ومات الجحاح بعده بستة أشهر وفي تاريخ أصحابنا للعافظ أبي
نعم عبد الله بن أبي مرزيم الأموي ولي القضاء بأصبهان للعباس فمعه الجحاح وأقام محبوساً بواسط فلما
هلك الجحاح رجع إلى أصبهان وتوفي بها وقال ابن القطان في كتابه في باب الاستسقاء طلحة بن عبد الله
ابن عوف أبو محمد الذي يقال له طلحة الندى ابن أخي عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بن معاوية
على المدينة وهو تابعي يروي عن ابن عباس وأبي هريرة وأبي بكر رضي الله عنهم وقوله (الاذا كان
لا يمكنه من القضاء بحق) استثناء من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر (لان المقصود لا يحصل
من التقليد) حينئذ وهو ظاهر هذا واذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد
المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة في بلاد المغرب الآن وبلنسية وبلاد الحبشة وأقروا المسلمين عندهم
على مال يؤخذ منهم يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولى قاضيا أو يكون هو الذي
يقضى بينهم وكذا نصبوا لهم اماما يرضى بهم الجمعة (فروع في العزل) للسلطان عزل القاضي بريبة
وبلارية ولا ينزل حتى يبلغه العزل وينزل نائبه بعزله بخلاف ما اذا مات القاضي ينزل نائبه وكثير
من المشايخ على أن النائب لا ينزل بعزل القاضي لانه نائب للسلطان وينزل القاضي بعزله نفسه اذا
بلغ السلطان ومالم يبلغه لا ينزل كعزل الوكيل نفسه لا ينزل حتى يبلغ الموكل وقيل لا ينزل القاضي
بعزل نفسه لان قضاءه صار حقا للعلمة فلا يمكن إبطاله وعن أبي يوسف لا ينزل بعزل السلطان حتى يأتي
قاض آخر صيانة لحقوق الناس ومثله وصى القاضي اذا عزل نفسه يشترط علم القاضي ويجوز تعليق
العزل بالشرط ومن صورده اذا كتب الخليفة اليه اذا وصل كتابي هذا فأنت معزول لا ينزل حتى يصل
اليه الكتاب ولم يجز تطهير الدين تعليق العزل وليس بشئ وينزل خلفاء القاضي بموته ولا ينزل امرأه

قال (ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله الخ) من ثوى القضاء بعد عزل آخر تسلم ديوان القاضي الذي كان قبله والديوان هو الخراط التي فيها السجلات وغيرها من المحاضر والصلوك وكتاب نصب الاوصياء وتقدير النفقات لانها أى السجلات وغيرها انما وضعت في الخراط لتكون حجة عند الحاجة فجعل في يده من له ولاية القضاء والا لان تقدير وسماها حجة وان لم يكن المكتاب منفردا عن التذكير والبيئة حجة لانها اتول اليها بالتذكير ثم البياض أى الذى كتب فيه الحادثة ورقا كان أو ورقا لا يخلو عن أمور ثلاثة اما أن يكون من بيت المال أو من مال الخصوم أو من مال القاضي الاول فان كان الاول فوجه تسليم القاضي اياه ظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعله وقد انتقل الى المولى وكذا ان كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذته تدينا لا تتولا وقوله في الصحيح في صورتين (٤٦٣) احتراز عما قاله بعض المشايخ ان البياض اذا كان من مال الخصوم

قال (ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله) وهو الخراط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فجعل في يده من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذته تدينا لا تتولا ولا يبعث أمينين ليقبضها بحضرة العزول أو أمينه وبسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كى لا يشبه على المولى

الخليفة ولو قلدر رجل قضاء بلدة لها قاض هل يعزول الاول عن أبي يوسف لا يعزول قال في الخلاصة وهو الاشبه ولو شرط في القضاء شرطاً مثل أن لا يمثل أمر أحد فخالف انعزل وعن أبي حنيفة لا يتول القاضي على القضاء أكثر من سنة ثم يعزله ويقول أشغلناك اذهب فاشتغل بالعلم ثم ائتنا (قوله ومن قلد القضاء يسأل) أى أول ما يبدأ به من الاعمال هذا وهو أن يسأل أى يطلب من القاضي المنعزل ديوانه ثم يفسر ديوانه بأنه (الخراط التي فيها السجلات وغيرها) من كتب الاوقاف وكتب نصب الاوصياء والمحاضر والصلوك وتقدير النفقات للانتماء وغيرهم مما اقتضاه الحال وانما يطلبه (لانها) انما وضعت عند القاضي (لتكون حجة) ووثيقة مخفوفة (عند) القاضي اذا وقعت (الحاجة) الى الحجة ومعرفة الاحوال (فجعل عند من له ولاية النظر) في أمورهم وما كانت عند الاول الا لانه كذلك (ثم ان كان البياض) الذى كتب فيه القاضي ورقاً أو ورقاً (من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال أرباب القضاة في الصحيح لانه رضى به) لانه للقاضي لانه ملك الذات (وقد انتقل) القضاء (الى) القاضي (المولى) وان كان ملك القاضي فكذلك في الصحيح لانه اتخذته تدينا ليحفظ به أمور الناس وحاجاتهم (لا تتولا ويبعث) المولى (اثنين) أو واحداً مونا (ليقبضها بحضرة العزول أو) من (أمينه وبسألان) أعني الامينين (المعزول شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة) مثلاً الصكوك في خريطة والنفقات في خريطة وكتب الاوقاف في خريطة ليكون أسهل للتناول بخلاف ما اذا خلط الكل فان في الكشف عنه حيث نعرش اسديداً وفي عرف ديوان ليس عند القاضي صكوك الناس ولا

أموال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه لانه ملكه أو وهبه ولكن الصحيح فيها ما ذكر (قوله ويبعث أمينين) بيان لكيفية التسليم وهو أن يبعث المتولى رجلين من ثقائه وهو أحوط والواحد يكتفي (ليقبضها بحضرة المعزول أو أمينه وبسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة كى لا يشبه على المولى) وهذا لان السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخراط بيد المعزول ربما لا يشبه عليه ما يحتاج اليه وقت الطلب وأما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك فان تركت مجتمعة تشبه على

المولى فلا يتصل الى المقصود وقت الحاجة أو يتعسر عليه ذلك

كتب

(قوله والا لان تقدير) أقول يعنى فائدتها المطلوبة منها (قوله لانها اتول اليها بالتذكير) أقول لم يذ كر البيئة لان الحجة عند قيام البيئة هي البيئة لا الكتاب الشرعى بخلاف صورة التذكير فانه لما كان سبباً للتذكير الذى هو الحجة حقيقة جعل حجة فتأمل فان في عبارة تول اليها فوقع سهو عاقلنا ولكن الامر سهل بقى ههنا بحث لان الحجة بالتذكير انما تكون بالنسبة الى القاضي الذى وضعها فيها ووقعت الحادثة بين يديه فلا فائدة في تسليم القاضي الجديد اياها (قوله لانه ملكه أو وهبه له) أقول لو اقتصر على قوله لانه ملكه لا تنظم صورتين وانما ذكر قوله أو وهبه له تنبيه على طريق تلكه انما يحتاج على بعض الافهام فتأمل ثم قوله لانه ملكه أى فى الثانى وقوله أو وهبه له أى فى الاول

(وهذا السؤال) أي سؤال المعزول (لكشف الحال لا للالزام) فإنه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة ومتى قبض ذلك بختام على ذلك احتراز عن الزيادة قبل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى إلى المفعول الثاني بمن وهما ليس كذلك وأجيب بأن المفعول الثاني محذوف وتقديره ويسأل لأن المعزول عن أحوال السجلات وغيره وقوله شيئاً فشيئاً منصوب بعامل مضمرب على قوله ويسأل لأنه أي يسأل لأن شيئاً فشيئاً عنهما وليس بشئ لأن الكلام في الثاني كالكلام في الأول والأولى أن يجعل حالا بمعنى مفصلاً كافي قوله تبينت له حسابه بابا بابا قال (ويظهر المولى في حال المحبوسين) بأن يبعث إلى الحبس من يحصيهم وبأنيابهم باسمائهم ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم (لأنه نصب ناظراً) لأمور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التفحص عن أحوالهم فيجمع بينهم وبين خصوصهم (فن اعترف بحق ألزمت إياه) وحسبه إذا طلب الخصم ذلك لأن الإقرار روي الواحد يجعل عرضه وعقوبته أي حبسه (ومن أنكرك) ما يوجب الحبس (لم يقبل قول المعزول إلا بالينة لما تقدم أنه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لاسيما إذا كانت على فعل نفسه) فإن قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ودرهم إلى الحبس لقيام الحجة وإن لم يعرفهم يسأل عن الشهود فإن عدلوا فكذلك (وإن لم تقم بينة) أو لم يحضر خصم وادعى المحبوس (٤٦٣) أن لا خصم له وهو محبوس بغير حق (لم يجعل

بخلته حتى ينأى عليه)
أي إذا أحس بقول المنادى
أن القاضي يقول من كان
يطالب فلان بن فلان
المحبوس فلان في خصمه
فليحضر فإن حضر والافق
رأى القاضي أن يطلقه
فإن لم يحضر حل منهم
خصم أخذ منه كقبيل نفسه
وأطلقه لأن فعل المعزول
حق ظاهر فلا يعمل بالتخيلة
وبستظهر أمره كي لا يؤدي
إلى إبطال حق الغير لجواز
أن يكون له خصم غائب
يدعى عليه إذا حضر
والفرق لا يخيصة رجه
الله في أخذ الكفيل هنا
وبين مسألة القسمة التركة
بين الورثة حيث لا يأخذ
هناك كفيلاً على ما سيجيء

وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام قال (ويظهر في حال المحبوسين) لأنه نصب ناظراً (فن اعترف بحق ألزمت إياه) لأن الإقرار ملزم (ومن أنكرك لم يقبل قول المعزول عليه إلا بينة) لأنه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لاسيما إذا كانت على فعل نفسه (فإن لم تقم بينة لم يعمل بخلته حتى ينأى عليه ويتطرق في أمره) لأن فعل القاضي المعزول حق ظاهر فلا يعمل كي لا يؤدي إلى إبطال حق الغير

كتب أو فافهم بل إذا كان القاضي هو ناظر الوقف (وهذا السؤال لكشف الحال) لا للالزام العمل بمقتضى الجواب من القاضي فإنه التحق بسائر الرعايا بالعزل ثم إذا قبضه ختم عليه خوفاً من طرق التغيير وأما ما قيل بكتبان عدد ضياع الوقوف ومواضعها فليس إلى ذلك حاجة فإن كتب الأوقاف مشتملة على عدد الضياع الموقوفة والدور والحوائت محدودة (قوله ويتطرق في حال المحبوسين) فيبعث إلى السجن من يحصيهم وبأنيابهم وأخبارهم ويسأل المحبوس عن سبب حبسه لأن القاضي ناظر في أمور المسلمين وهو لا يعمل بمحسوسون ولا بد أن ثبت عند سبب بوجوب حبسهم وثبوت عند الأول ليس حجة بعمدها الثاني في حبس هؤلاء لأن قول الأول لم يبق حجة (فن اعترف بحق ألزمت إياه) ورده إلى السجن الآن يبلغ المقدار الذي يخرج به من السجن عنده إذا لم يثبت له مال وكذا من أنكرك وشهد الشهود عليه والقاضي يعرف هؤلاء الشهود بالعدالة فإن لم يعرف عدالتهم أخذ منهم كفيلاً وأطلقهم حتى يتطرق في حالهم فإن ظهرت عدالة الشهود ودرده إلى السجن إذا طلبه الخصم (ولو أخبر القاضي المعزول بسبب حبسهم لا يقبل لأنه التوقيف) واحد من (الرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة) موجبة للعمل (لا سيما وهي على فعل نفسه) وهذا قال الشافعي ومالك وقال أحمد يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل لأنه أمين الشرع وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل أيضاً لا بحجة (وإذا لم يقبل قول المعزول عليه ولم تقم بينة) بماوجب حبسه (لا يعمل) بإطلاقه (لأن فعل القاضي ظاهراً) ما كان إلا (بحق) فيحتاج لخصمه الغائب

أن في مسألة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوته لغيره شك فلا يجوز تأخير المحقق لأمور موهوم

(قوله وهذا السؤال أي سؤال المعزول) أقول أو سؤال أمينة فالسؤال ههنا مضاف إلى مفعوله (قوله قبل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام) أقول ولا يبعد أن يكون السؤال بمعنى الاستعطاء أي يستعطيان القاضي المعزول نوعاً من الخرافات فنوعاً آخر بعده مثل الاستعطاء أو لاخرية السجلات ثم خريطة الصكوك وعلى هذا السؤال لكشف الحال أي الاستعطاء على هذا الوجه ويؤيد كونه بمعنى الاستعطاء قوله ومن قلدا القضاء يسأل ديوان القاضي فافهم (قوله شيئاً فشيئاً منصوب) أقول يعني منصوب على المفعولية (قوله لأن الإقرار روي الواحد يجعل عرضه الخ) أقول قال صاحب البدائع قال النبي عليه الصلاة والسلام لروادجيد يجعل عرضه وعقوبته انتهى فإن قيل من أين علم أنه واحد قلنا من حبس القاضي المعزول فإن الظاهر أنه لو لم يعلم يسأره لم يحسبه قال المصنف (لم يقبل قول المعزول عليه إلا بينة) أقول فيه تسامح لظهور أن الحجة هي البينة لا قول المعزول (قوله فإن لم يحضر لرجل منهم خصم الخ) أقول يعني بعد النداء (قوله على ما سيجيء) أقول في فصل القضاء للموارث من هذا الكتاب

وأما ههنا فان الحق للغائب ثابت يبين نظرا الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفالة لامر موهوم وقيل أخذ الكفيل ههنا أيضا على الخلاف فلا يحتاج الى فرق وذلك في المحيط الصحيح أن أخذ الكفيل ههنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون محتاجا اليه وان قال لا كفيل لي أولا أعطى كفلا فانه لم يجب على شيء نادى عليه شهرا ثم خلاه لأن طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع احتياط بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهرا (وينظر المولى في الودائع وارتقاء الوقوف) لانه نصب ناظرا في أمور الناس (فيجعل في المذكور على) حسب ما تقوم به البيئة أو باعتراق من هو بيده) لانه لا بد لعله من جهة (وكل ذلك جهة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة إلا أن يعترف ذواليدان المعزول سلمها اليه فيقبل فيها قول المعزول لانه باقرار ذى اليد ثبت أن اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول به كأنه بيده للحال) ولو كان بيده عينا تصح اقراره به فكذا اذا كان بيده مودعه لان بيد المودع كيد المودع (الا اذا بدأ ذواليد بالاقرار لغير من أقره القاضي فانه يسلم الى المقر له الاول (٤٦٤) لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي) والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة أوجه وذلك لان من بيده المال اما أن يقر بشيء مما أقر به المعزول أو يجحد كله فان كان الثاني فالقول قوله ولا يجب بقول المعزول عليه شيء وان كان الاول فاما أن يقول دفعه القاضي الى وهو لفلان بن فلان من أقر له القاضي وهو المذكور في الكتاب أولا بتعليله واما أن يقول دفعه القاضي الى المعزول وهو لفلان غير من أقره القاضي وحكمه ما تقدم لانه لما بدأ بالدفع من القاضي فقد أقر باليد فصار كأن المال في يده لما مر ثم أقر أنه

(وينظر في الودائع وارتقاء الوقوف فيجعل فيه على ما تقوم به البيئة أو يعترف به من هو في يده) لان كل ذلك جهة (ولا يقبل قول المعزول) لما بيناه (الأن يعترف الذي هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها) لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كأنه في يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغير من أقره ثم يسلم القاضي فيسلم ما في يده الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي

فينادي عليه وصفته أن يأمر كل يوم اذا جلس مناديا ينادى في محله من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليات الى القاضي بفعل ذلك أياما فاذا حضر وادعى وهو على جوده ابتداء الحكم بينهما وان لم يحضر أخذ منه كفلا بنفسه اذ لعله محبوس بحق لغائب وأما رتبه في حبس قاض والظاهر أنه بحق فان قال لا كفيل لي وأبى أن يعطى كفلا وجب أن يحتاط فورا آخر من الاحتياط فينادى شهرا فان لم يحضر أحد أطاقه وقيل أخذ الكفيل هنا قوله ما أمان على قول أبي حنيفة فلا كمال في أصحاب الميراث اذا قسموا على ما سبأني والخمائر أن أخذ الكفيل هنا اتفاق والفرق لا بي حنيفة ان المال ظاهر احق لهذا الوارث وفي ثبوت وارث آخر شك فلا يجوز تأخير حقه الى زمان حصول الكفيل لامر موهوم وههنا الظاهر أن حبسه بحق لظهور أن فعل القاضي بحق ولكنه مجهول فليس أخذ الكفيل لموهوم ولو قبل قبل النظر الى هذا الظاهر يجب أن لا يطلقه بقوله اني مظلوم حتى تضي مدة يطلق فيها مدعى الاعسار كان جيدا (قوله وينظر في الودائع وارتقاء الوقوف) السكينة تحت أيدي أمانه القاضي والذي في دارنا من هذا أن أموال الاوقاف تحت أيدي جماعة يوليهم القاضي النظر والمباشرة فيها ودائع اليتامى تحت يد الذي يسمى أمين الحكم (فيجعل) فيها (على) حسب (ما تقوم به البيئة) انه لفلان أو غير ذلك (أو يعترف) الذي هو في يده (ولا يقبل قول المعزول) على من هي في يده اذا أنكر وقال هي لي الا بيينة (لما بينا) انه الحق بواحد من الرعايا بخلاف القاضي لانه هو المخصوص بان يتكفي بقوله في الالتزام حتى ان الخليفة الذي قلد القاضي لو أخبر القاضي انه شهد عنده الشهود بكذا الاية قضى به حتى يشهد عنده الخليفة مع آخر (والواحد لا يقبل قوله) (الأن يعترف الذي في يده ان) القاضي (المعزول سلمها اليه)

لفلان وهو لا يصح واما أن يقول هو لفلان لان غير من أقره القاضي ودفعه الى القاضي وهو المذكور في الكتاب آخر فيثبت وحكمه ان المال يسلم الى المقر له أولا لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي ان كان مثليا وقيمتان كان قيميا وهذا لان اقراره الاول لما صح وجب تسليم المال الى المقر له واذا قال بعد ذلك دفعه الى القاضي وهو يقول لفلان آخر فقد أقر ان اليد كانت للقاضي وباقراره لغير من أقره القاضي أنلف المال على من أقره القاضي فكان ضامنا للمثل أو القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر التهميد وغيره وفيه نظر لان الاقرار الاول اما أن يبطل ما بعده أولا وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ ذواليد بالدفع من القاضي وبين ما بدأ بالاقرار للغير لشمول الضمان أو لشمول العدم ولم أر أحدا ذكر الضمان للمقر له

(قوله فان الحق للغائب ثابت يبين نظرا الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفالة لامر موهوم وقيل أخذ الكفيل ههنا أيضا على الخلاف فلا يحتاج الى فرق وذلك في المحيط الصحيح أن أخذ الكفيل ههنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون محتاجا اليه وان قال لا كفيل لي أولا أعطى كفلا فانه لم يجب على شيء نادى عليه شهرا ثم خلاه لأن طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع احتياط بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهرا (وينظر المولى في الودائع وارتقاء الوقوف) لانه نصب ناظرا في أمور الناس (فيجعل في المذكور على) حسب ما تقوم به البيئة أو باعتراق من هو بيده) لانه لا بد لعله من جهة (وكل ذلك جهة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة إلا أن يعترف ذواليدان المعزول سلمها اليه فيقبل فيها قول المعزول لانه باقرار ذى اليد ثبت أن اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول به كأنه بيده للحال) ولو كان بيده عينا تصح اقراره به فكذا اذا كان بيده مودعه لان بيد المودع كيد المودع (الا اذا بدأ ذواليد بالاقرار لغير من أقره القاضي فانه يسلم الى المقر له الاول (٤٦٤) لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي) والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة أوجه وذلك لان من بيده المال اما أن يقر بشيء مما أقر به المعزول أو يجحد كله فان كان الثاني فالقول قوله ولا يجب بقول المعزول عليه شيء وان كان الاول فاما أن يقول دفعه القاضي الى وهو لفلان بن فلان من أقر له القاضي وهو المذكور في الكتاب أولا بتعليله واما أن يقول دفعه القاضي الى المعزول وهو لفلان غير من أقره القاضي وحكمه ما تقدم لانه لما بدأ بالدفع من القاضي فقد أقر باليد فصار كأن المال في يده لما مر ثم أقر أنه

فأما في الوجه الرابع ويمكن أن يجاب عنه بأن الإقرار الأول أن كان باليد يختار ابطال ما بعده والا فلا وذلك لأن الإقرار من لا بد له لصدوره عن الاجتهاد عن المقر به فاسد فإذا أقر باليد لشخص ثم أقر بعده بالملك لغيره بطل إقراره الثاني لصدوره عن لا يملكه وإذا أقر بالملك لغيره بما في يده صح إقراره ثم بالإقرار باليد لغيره يريد أن يبطل الأول وليس له ذلك لكونه إقرارا في حق غيره ولكنه يسمع في حق المودع لكونه إقرارا على نفسه بالتلاف، حقه بإقراره لغيره في وقت يسمع منه ذلك والله أعلم قال (ويجلس للحكم جلوسا ظاهر في المسجد كالصلاة

قال (ويجلس للحكم جلوسا ظاهر في المسجد) كي لا يشبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضاء لأنه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والخائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولأن القضاء عبادة فيجوز إقامتها في المسجد كالصلاة

فحينئذ ما أن يقول سلمها إلى ولا أدري لمن هي أو يقول سلمها إلى وقال هي لفلان بن فلان وهو الذي أقره القاضي المعزول ففي هذين يقبل قول المعزول فيه ما لأنه ثبت بإقرار من في يده أن البدعي كانت للقاضي فيه قبل إقرار القاضي فيها كماله كانت في يده حال إقراره أو يقول دفعه إلى القاضي المعزول وهو لفلان وقال المعزول بل لفلان رجل آخر فاقول ما قال المعزول ويدفع لمن أقر به لأنه أقر باليد للقاضي فصار كأن المال في يده فأقر به لواحد وأقر به لهذا الرجل لا آخر وفيه يكون القول قول القاضي فكذا هذا أو بدأ بالإقرار لفلان فقال هو لفلان بن فلان ثم قال دفعه إلى القاضي ففي هذا يؤمر بالتسليم إلى من أقره الأمين ويضمن مثله إن كان مثليا أو قيمته للمعزول في دفعه المعزول إلى من أقر به لأنه لما بدأ بالإقرار صرح إقراره ولزم لأنه أقر بما هو في يده فلما قال دفعه إلى القاضي فقد أقر أن اليد كانت للقاضي والقاضي يقرب به لغير من أقر به له فيصير هو متلفا لذلك على من أقره القاضي بإقراره لغيره فيضمنه هذا وأما لو شهد قوم أنهم سمعوا القاضي الأول يقول استودعت فلانا مال فلان اليتيم وعهد من في يده أو شهدوا على بيعه مال فلان اليتيم فإنه يقبل ويؤخذ المال لمن ذكره وكذا الوصيات الأولى واستقضى غيره فشهد بذلك ففرع يناسب هذا لو شهد شاهدان أن القاضي قضى لفلان على فلان بكذا أو قال القاضي لم أقض بشئ لا تجوز شهادتهما عندهما ويعتبر قول القاضي وعند محمد تقبل وينفذ ذلك (قوله ويجلس للحكم جلوسا ظاهر) كي لا يشبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين وفي الخلاصة ولا تعب نفسه في طول الجلوس ولكن يجلس في طرفي النهار وكذا المنقذ والفقهاء (والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر) ثم الذي تقام فيه الجماعات وإن لم تصل فيه الجمعة قال فخر الإسلام هذا إذا كان الجامع في وسط البلدة أما إذا كان في طرف منها فلا لزوم زيادة المشقة على أهل الشقة المقابلة فلا أولى أن يختار مسجدا في وسط البلد وفي السوق ويجوز أن يحكم في بيته وحيث كان الآن الأولى ما ذكرنا وبقولنا قال أحمد ومالك في الصحيح عنه (وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء) أي القضاء (يحضره المشرك وهو نجس بالنص) قال تعالى إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد (والخائض وهي ممنوعة عن دخوله) ولأن المساجد بنيت للصلاة والذكر والخصومات تقترب بالمعاصي كثير من اليمين الغموس والكذب في الدعاوى (ولنا) ما في الصحيحين من حديث اللعان من حديث سهل بن سعد وفيه فتلا عناق في المسجد وأنا شاهد ولا بد من كون أحدهما كاذبا حائثا في يمين غموس وفي الصحيحين أيضا عن كعب بن مالك أنه تقاضى ابن أبي حنيفة دينا كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته فخرج إليهما حتى كشف حجرتهم فنادى يا كعب فقال ليسك يا رسول الله فأشار بيده أن يضع الشطر

غيره ولكنه يسمع في حق المودع لكونه إقرارا على نفسه بالتلاف، حقه بإقراره لغيره في وقت يسمع منه ذلك والله أعلم قال (ويجلس للحكم جلوسا ظاهر في المسجد الخ) الحاكيم يجلس للقضاء جلوسا ظاهر في المسجد كي لا يشبه مكانه عن الغرباء وبعض المقيمين وروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر وأرقى بالناس قال الإمام على السبزوئي هذا إذا كان الجامع في وسط البلدة وأما إذا كان في طرف منها يختار مسجدا في وسطها كي لا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب إليها وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد لفصل الخصومة لأنه يحضره المشرك وهو نجس إقراره تعالى إنما المشركون نجس ويحضره الخائض وهي ممنوعة عن الدخول في المسجد وفصل مالك بين ما كان الحاكم في المسجد فيقدم إليه الخصمان وبين الذهاب إليه لفصل الخصومة ولم يكره الأول وكره الثاني ولنا ما روى

(٥٩ - فتح القدير خامس) أنه صلى الله عليه وسلم قال إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولأن القضاء بالحق من أشرف العبادات فيجوز في المسجد كالصلاة

(قوله وروى عن أبي حنيفة أنه قال والمسجد الجامع أولى) أقول يعني أنه قال والمسجد عطف على الكلام السابق

ونجاسة المشرك في اعتقاده لافي ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها

(قوله ونجاسة المشرك)

جواب عن دليل الشافعي وتقريره نجاسة المشرك في اعتقاده لافي ظاهره فإنه ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينزل الوفود في المسجد (فلا يمنع من دخوله) إذ لا يصيب الأرض منه شيء (والحائض تخبر بحالها) فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث القاضي من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة) فإن قيل يجوز أن تكون الحائض غير مسلمة لا تعمق حرمة الدخول في المسجد فتخبر عن حالها قلنا الكفار ليسوا بمخاطبين بفروع الشرائع فلا بأس بدخولها (ولو جلس القاضي في داره لا بأس بذلك) قال الامام فخر الإسلام إذا كان داره في وسط البلدة كما تقدم في المسجد فإذا جلس فيها يأذن للناس في الدخول إليها لأن لكل أحد حق في مجلسه

من دينك قال كعب قد فعلت يا رسول الله قال قم فأقصه وأخرج الطبراني مسند إلى ابن عباس قال ينار رسول الله صلى الله عليه وسلم بخطبنا يوم الجمعة إذا أتى رجل فتخطى الناس حتى قرب إليه فقال يا رسول الله أقم على الحسد فقال اجلس فجلس ثم قام الثانية فقال يا رسول الله أقم على الحسد فقال اجلس فجلس ثم قام الثالثة فقال يا رسول الله أقم على الحسد فقال وما حدثك قال أتيت امرأة أعرافا فقال صلى الله عليه وسلم لعلي وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضي الله عنهم انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن تزوج فقيل يا رسول الله ألا تجد التي خبث بها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم من صاحبك قال فلائنة قد عاها ثم ألقاها فقال يا رسول الله كذب علي والله اني لا أعرفه فقال صلى الله عليه وسلم من شاهدك فقال يا رسول الله مالي شاهد فأمر به فجلد حد الفرية ثمانين جلدة وأما ان الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات فنقل بالمعنى يعني وقع منهم هذا ولا يكاد يشك في أن عمر وعثمان رضي الله عنهما ما وقع لهما ذلك ومن تتبع السير رأى من ذلك شيئا كثيرا في البخاري لا عن عمر عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأسند الامام أبو بكر الرازي إلى الحسن أنه رأى عثمان يفتي في المسجد وذكر القصة في ذلك فاقبل انه غريب مبني على أن المراد رواية هذا اللفظ وليس كذلك وفي الطبقات لابن سعد بن عدي الربيعة بن أبي عبد الرحمن أنه رأى أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يفتي في المسجد عند القبر وكان على القضاء بالمدينة في ولاية عمر بن عبد العزيز وأسند إلى سعيد بن مسلم بن بابك قال رأيت سعيد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يفتي في المسجد وكان قدولى قضاء المدينة وإلى محمد بن عمرو قال لما ولي أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم امرأة المدينة لعمر بن عبد العزيز ولي أبا طولة القضاء بها فكان يفتي في المسجد قال أبو طولة ثقة يروي عن أنس بن مالك وإلى اسمعيل بن أبي خالد قال رأيت شريحا يفتي في المسجد وإلى الأسود بن شيبان قال رأيت الشعبي وهو يومئذ قاضي الكوفة يفتي في المسجد وكل قضاء صدر من هؤلاء كان بين السلف مشهورا وفيهم الصحابة والتابعون ولم يرو انكاره عن أحد وأما الحديث الذي ذكره المصنف انما ثبت المساجد كرامة الله والحكم فلم يعرف وانما أخرجه مسلم حديث الاعرابي الذي قام يقول في المسجد فقال أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم معه فقال صلى الله عليه وسلم لا ترموه دعوه فتر كوه حتى يال ثم دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر وانما هي لذكر الله تعالى والصلاة وقراءة القرآن قال وأمر رجلا من القوم فدعا بدم من ماء فشنه عليه وأما نجاسة المشرك في الاعتقاد على معنى التشبيه (والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها القاضي) أو يرسل نائبه (كلوا كانت الدعوى في دابة ولو جلس في داره فحسن به) شرط (أن يأذن للناس) على العموم ولا يمنع أحد من الناس لأن لكل أحد حق في مجلسه وعلى قياس ما ذكرنا في المساجد الأولى أن يكون في وسط البلد وفي الميسر ولا يفتي وهو عشي أو يسير على دابته لانه انذاك غير معتدل الحال ولما فيه من الاستخفاف بالقضاء ولانه مشغول بما هو فيه ولا بأس بأن يتكئ لانه نوع جلسة كالتربع وغيره وطباع الناس في الجلوس مختلفة وينبغي أن لا يفتي وهو غضبان أو فرحان أو جائع أو عطشان أو مهموم أو ناعس أو في حال برد شديد أو حر أو وهو يدافع الاخبثين أو به حاجة إلى الجماع والخاصل انه لا يفتي حال شغل قلبه وأصل حديث لا يفتي القاضي وهو غضبان معلول به ولا ينبغي أن يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس ولا يسمع من رجل يحثين فأكثر إلا أن يكون الناس قليلا ولا يقدم رجلا جاعا لا خرقه ولا يضرب في المسجد حدا ولا

(ويجلس معه من كان يجلس معه لو كان في المسجد) حتى يكون أبعد من التهمة (اذني الجلوس وحده تهمة) الظلم وأخذ الرشوة قال (ولا يقبل هدية الامن ذي رحم محرم منه الخ) الحاكم لا يقبل الهدية الامن ذي رحم محرم له أو بمن جرت عادته بالمهاداة قبل القضاء أما أنه لا يقبل الهدية فلا لأنه من جواب القضاء اذ لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام والاصل في ذلك ما روى البخاري بإسناده الى عروة بن الزبير عن أبي جهم الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا من الأزد يقال له ابن اللاتية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهل اجلس في بيت أبيه أو بيت أمه (٤٦٧) فيمنظر أهدى له أم لا واستعمل عمر رضي الله عنه أبا هريرة رضي الله عنه فقدم بحال فقال من أين لك هذا فقال تنابعت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال أي عدو الله هلا فاعدت في بيتك فتنظر أهدى اليك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال فعرضا ان قبول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة وأما القبول من ذي رحم محرم ولا خصومة له فانه من جواب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم وفي الرد معنى القطعية وهو حرام ولفظ الكتاب أعم من أن يكون بينهما مهاداة قبل القضاء وأن لا يكون وعبرة النهاية تدل على ان المهاداة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالأجنبي وأما القبول بمن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ولم يزد فانه ليس بأكل على القضاء بل هو جري على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة والحاصل ان المهدي للقاضي اما أن يكون ذا خصومة أولا والاو لا يجوز قبول هديته مطلقا

ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة قال (ولا يقبل هدية الامن ذي رحم محرم أو بمن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته) لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وقيل اوراء ذلك بصيرا كلابقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة لانه لا جمل القضاء في تمامه

تعزيرا (و) ينبغي أن يجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة (الرشوة والظلم وروى أن عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربع من الصحابة ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم وكان أبو بكر يحضر وعثمان وعليهما حتى قال أجد يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشك عليه وفي المبسوط فان دخله حصر في قعودهم عنده أو شغله عن شيء من أمور المسلمين جلس وحده فان طباع الناس يختلفون فيهم من يمنعه حشمة الفقهاء من فصل القضاء ومنهم من يزداد قوة على ذلك فاذا كان ممن يدخله حصر جلس وحده وفي المبسوط ما حاصله انه ينبغي للقاضي أن يعتذر للقضي عليه وبين له وجه قضائه وبين له انه فهم بحجته ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك أدفع لشكاية الناس ونسبته الى انه جار عليه ومن يسمع يحل فربما تفسد العامة غرضه وهو يرى عواذاً أمكن إقامة الحق مع عدم ايقار الصدور كان أولى (قوله ولا يقبل الهدية) الحاصل أن المهدي امله خصومة أولا فان كانت لا يقبل منه وان كان له عادة بمهاداته أو ذا رحم محرم وان لم يكن خصومة فان لم يكن له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابة أو صداقة لا ينبغي أن يقبل وان كان له عادة بذلك جاز بشرط أن لا يزد على المعتاد قبل القضاء فان زاد لا يقبل الزيادة وذكر فخر الاسلام أن يكون مال المهدي قد زاد بقدر ما زاد ماله اذا زاد في الهدية لأبأس بقبولها وهذا يقتضي أن لا يقبل الهدية من القريب الا اذا كان له عادة بالمهاداة كغيره فان لم يكن للقريب قبل القضاء عادة فأهدى بعد القضاء لا يقبل وعبرة الهدية مع القدوري حيث قال ولا يقبل الهدية الامن ذي رحم محرم أو بمن جرت عادته قبل القضاء بتفديد قبولها من القريب الذي ليس له عادة بالمهاداة قبل اذ لم تكن خصومة والوجه هو ظاهر النهاية ثم صرح في مسألة الدعوة عن شيخ الاسلام بأنه لا فرق بين القريب والبعيد في أنه لا يقبل هديته الا اذا كان له عادة نعم يمكن أن يقال في القريب الذي ليس له عادة بمهاداة قبل القضاء ان كان ذلك لفقير ثم أيسر بعد ذلك بعد ولاية قريبه فصار يهدي اليه جاز لان الظاهر ان المانع ما كان الا الفقر وهذا على شبه قول فخر الاسلام في الزيادة اذا كثرت ماله ثم اذا أخذ الهدية في موضع لا يباح أخذها قبل يضعها في بيت المال لانها بسبب عدمه لهم وعامتهم على أنه يرد على أبيه ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم أو كانوا بعيدا حتى تعذر الرد في بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة فان جاء المالك يوما يعطاها وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي وفي شرح الاقطع الفرق بين الرشوة والهدية ان الرشوة يعطيه بشرط

أي سواء كان قريبا أو مهاديا قبل القضاء أو لم يكن والثاني اما أن يكون قريبا أو بمن جرت له العادة بذلك أولا والثاني كذلك لانه أكل بالقضاء في تمامه والاو لا يجوز قبوله ان لم يزد من له العادة على المعتاد وقال الامام فخر الاسلام ان زاد على المعتاد عند ما زاد ما لا يتقدر ما زاد في المال لأبأس بقبوله ثم ان أخذ القاضي ما ليس له أخذ ماذا يصنع به اختلف المشايخ فبعضهم قالوا يضع في بيت المال وعامتهم قالوا يرد على أبيه ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم أو يعرفهم الا ان الرد يتعذر لبعدهم يضعها في بيت المال وحكمه حكم اللقطة وانما يضعها في بيت المال لانه انما أهدي اليه له وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكأن الهدايا من حيث المعنى لهم

(ولا يحضر القاضي دعوة إلا أن تكون عامة) قبل وهي ما تكون فوق العشرة وما دونه خاصة وقبل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة وذكر المصنف (٤٦٨) أن الدعوة الخاصة هي ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها وهو اختيار

شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وإطلاق لفظ التوري لا يفصل بين القريب وغيره وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله أنه يجب دعوة القريب وإن كانت خاصة كالهدية وقبل في الفرق لهما بين الضافة والهدية حيث يجوز قبول هدية ذي الرحم المحرم ولم يجوز حضور دعوته إن ما قالوا في الضافة محمول على قرب لم يكن بينهم ما دعوة ولا مهادة قبل القضاء وإنما أحدث بعده وما ذكره في الهدية محمول على ما إذا كان بينهم ما مهادة قبل القضاء صلة للرحم وذكر صدر الإسلام أبو اليسر إذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي أن لا يجيب القاضي دعوته وإن كانت عامة لأنه يؤدي إلى إبداء الخصم الآخر إلى التهمة قال (ويشهد الجنازة ويعود المريض الخ) الحاكم يشهد الجنازة ويعود المريض لأن ذلك من حقوق المسلم قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق روى أبو أيوب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم على المسلم ست خصال واجبة

ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة لأن الخاصة لأجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمه الله أنه يجيبه وإن كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال (ويشهد الجنازة ويعود المريض) لأن ذلك من حقوق المسلمين قال عليه الصلاة والسلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعندها هذين

أن يعينه والهدية لا شرط معها انتهى والأصل في ذلك ما في البخاري عن أبي جده الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الأزد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا لي قال عليه الصلاة والسلام هلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهم أدى له أم لا قال عمر بن عبد العزيز كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخاري واستعمل عمر رضي الله عنه أبا هريرة فقدم بحال فقال له من أين لك هذا قال تلاحت الهدايا فقال له عمر رضي الله عنه أي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتتظر أيهم أدى لك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التي سبها الولاية ولهذا لو زاد المهدي على المعتاد وكانت له خصومة كره عندنا وعند الشافعي هو محرم كالرشوة هذا ويجب أن يكون هدية المستقرض للقرض كالهدية للقاضي إن كان المستقرض له عادة قبل استقراره فأهدى إلى المقرض فلا مقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه به بلا زيادة (قوله ولا يحضر دعوة إلا إذا كانت عامة) يعني ولا خصومة لصاحب الولية العامة (ويدخل في هذا الجواب قريبه) فلا يجيب دعوته إلا إذا كانت عامة ولا خصومة له (وعن محمد يجيب قريبه وإن كانت خاصة) هكذا حكى الخلاف الطحاوي وقال الخصاص يجب الخاصة لقريبه بخلاف لصلته الرحم وعلى تقدير الخلاف طول بالفرق في القريب بين الهدية قال يقبل منه مطلقا ولم يفصل بين جرى العادة وغيره وفي الدعوة فصل بين العامة والخاصة كذا ذكر في المتن قال شيخ الإسلام فالأما ذكر في الضافة محمول على ما إذا كان المحرم لم يجز بينهما الدعوة والمهارة وصلة القرابة وأحدث بعد القضاء ذلك فإذا كانت الحالة هذه فهو والاجنب سواء وما في الهدية محمول على أنه كان جرى بينهم ما المهارة وصلة القرابة قبل القضاء فإذا أهدى بعد القضاء لأبأس بقوله انتهى فقد آل الحال إلى أنه لا فرق بين القريب والغريب في الهدية والضافة سوى ذلك إلا مكان الذي قد مناه واختلف في الخاصة والعامة فقيل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة وقال المصنف (الخاصة) هي التي لو علم المصنف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها (والعامة) هي التي يتخذها يحضرها القاضي أولا وعندي أن ما حكى عن القاضي أبي علي التستبي وهو أن العامة دعوة العرس والختان وما سواها خاصة حسن فإن الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين وربما مضى عمر ولم يعرف من اصطنع طعاما عاما ابتداء لعامة الناس بل ليس إلا لهاتين المصلتين أو لمخصوص من الناس ولأنه أضبط فإن معرفة كون الرجل لم يحضر القاضي لم يصنع أو يصنع غير محقق فإنه أمر مبطن وإن كان عليه لو أنح ليس كضبط هذا ويكفي عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكره التستبي والله أعلم وعند الشافعي وأحمد يحضر الولائم مطلقا لأنه صلى الله عليه وسلم كان يحضر وهو الذي كان يقضي قلنا كان صلى الله عليه وسلم معلوم العصمة عند الكل لا يحضر حضور ولا قبول هدية فقلنا بعددت (قوله ويشهد الجنازة ويعود المريض) المراد مريض لا خصومة له والالاعوده وانما وجب ذلك لما روى مسلم عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وتسميت العاطس واجابة الدعوة وعبادة المريض واتباع الجنائز وإذا استنحكت فانصحه فهذه هي السادسة ورواه ابن حبان وقال فيه وإذا

أن ترك شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه إذا دعاه أن يجيبه وإذا مرض أن يعود و إذا مات أن يحضره وإذا ألقه عطف أن يسلم عليه وإذا استنحكه أن ينصحه وإذا عطس أن يشتمه كذا في تنبيه الغافلين

(ولا يضيف أحد الخصمين لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك) روى عن علي رضي الله عنه أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضيف الخصم إلا أن يكون خصمه معه (ولأن الضيافة والخلوة تورث التهمة) قال (وإذا حضر أسوي بينهما الخ) إذا حضر الخصمان بين يدي القاضي فإن كان أحدهما من ولده والاخر فقيرا أو كانا أبوابا (٤٦٩) يسوي بينهما في المجلس فيجلسان

بين يديه على الأرض لانه أو أجلسهما في جانب واحد كان أحدهما أقرب إلى القاضي فتقوت التسوية ولو أجلس أحدهما عن يمينه والاخر عن يساره فكذلك

لفضل اليمين وإن خاصم رجل السلطان إلى القاضي فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الأرض يقوم القاضي من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد على الأرض ثم يقضي بينهما ما لا يكون مفضلا لأحد الخصمين على الاخر وفيه دليل على أن القاضي يجوز له أن يحكم على من ولده وكذلك يسوي بينهما في الاقبال وهو التوجه والنظر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهما في المجلس والاشارة والنظر قال (ولا يسأرا أحدهما ولا يسيرا اليه) لا يكلم القاضي أحد الخصمين سرا ولا يسيرا اليه لا يده ولا برأسه ولا يحاجبه (ولا يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه لان في ذلك كله تهمة) وعليه الاحتراز عنها (ولأن فيه كسر القلب الاخر فيخيه عن طلب

(ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولأن فيه تهمة قال (وإذا حضر أسوي بينهما ما في الجلوس والاقبال) لقوله عليه الصلاة والسلام إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهما في المجلس والاشارة والنظر (ولا يسأرا أحدهما ولا يسيرا اليه ولا يلقنه حجة) للتهمة ولأن فيه مكسرة لقلب الاخر فيترك حقه (ولا يضحك في وجه أحدهما) لانه يجترئ على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحد منهم) لانه يذهب بمهابة القضاء

عظم فحمد الله يشتمه وروى البخاري في كتابه المفسر في الادب من حديث عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الاقريني قال كنا غزاة في البحر زمن معاوية فأنضم مركبنا إلى مركب أبي أيوب الأنصاري فلما حضر غداؤنا أرسلنا اليه فأتانا وقال دعوتوني وأنا صائم فلم يكن لي بد من أن أجيبكم لأنني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان المسلم على أخيه من خصال واجبة أن ترك شيئا منها فقد ترك حقًا واجبا عليه لأخيه يسلم عليه إذا لقيه ويجيبه إذا دعاه ويشتمه إذا عطس ويعوده إذا مرض ويحضره إذا مات وينصحه إذا استنصحه ولا يمد من حمل الوجوب فيه على الأعم من الوجوب في اصطلاح الفقه الحادث فان ظاهره وجوب الابتداء بالسلام وكون الوجوب وجوب عين في الحاضرة فالمراد به أمر ثابت عليه أعم من كونه ندبا أو وجوبا بالاصطلاح (قوله ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) الاخر لما روى اسحق بن راهويه في مسنده عن الحسن قال جاء رجل فنزل على علي رضي الله عنه فأضافه فلما قال اني أريد أن أخاصم قال له علي رضي الله عنه تحول فان النبي صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم الاومعه خصمه وكذا رواه عبد الرزاق ثم الدارقطني (ولأن فيه تهمة) المبل (قوله) وإذا حضر أسوي بينهما في الجلوس والاقبال لما روى اسحق بن راهويه في مسنده أخبرنا بقية بن الوليد عن اسمعيل بن عباس حدثني أبو بكر التميمي عن عطاء بن يسار عن أم سلمة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهما في المجلس والاشارة والنظر ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الاخر وأخرجه الدارقطني في سننه عن عباد بن كسيرة عن عبيد الله عن عطاء بن يسار عن أم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهما في لحظه وشارته ومقعده وروى عن عمر رضي الله عنه انه كتب إلى أبي موسى عبد الله بن قيس الأشعري أن آمن بين الناس في وجهك وعدلك ومجاسدك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يأس ضعيف من عدلك (ولا يسأرا أحدهما ولا يسيرا اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولأن فيه مكسرة لقلب الاخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه أحدهما لانه يجترئ بذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحد منهم لانه يذهب بمهابة القضاء) والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه ولا يجلس واحدا عن يمينه والاخر عن يساره لأن لليمين فضلا ولذا كان صلى الله عليه وسلم يخص به أبي بكر دون عمر وفي أبي داود أن عبد الله بن الزبير خاصمه عمرو بن الزبير إلى سعيد بن العاص وهو على السرير فجلس عمرو بن الزبير على السرير فلما جاء عبد الله بن الزبير وسع لسعيد من شقه الاخر فقال هنا فقال عبد الله الأرض الأرض فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم أو قال سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي وفي التوازل والقتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الأرض ثم يقضي

حقه فيتركه) وفيه اجترأ من فعل به ذلك على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحد منهم لانه يذهب بمهابة القضاء) وينبغي أن يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن اساءة الادب ويقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلوا من الجلوة وهي المنع ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس

قال (ويكره تلقين الشاهد) ومعناه أن يقول له أشهد بكذا وكذا وهذا لأنه اعانة لاحد الخصمين فيكره
كتلقين الخصم واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لأن الشاهد قد يحصر له باب المجلس
فكان تلقينه أحياء للعق بمنزلة الأشخاص والتكفيل

بينهما وبهذه المسئلة يظهر أن القاضي يصلح قاضيا على السلطان الذي ولاه والدليل عليه قصة شريح
مع علي فانه قام فأجلس عليا رضى الله عنه مجلسه وينبغي للخصمين أن يجثوا بين يديه ولا يترعان ولا
يقعيان ولو فعل ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له فيكون
بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحو ذلك من غير أن يرفع أصواتهما ويسند القاضي ظهره إلى الخراب وهذا
رسم زماننا فالواو هو أحسن لأنه موافق لفعله صلى الله عليه وسلم أما في زمن الخصاص وغيره فكان
القاضي يجلس مستقبل القبلة وهو مستحب عند الأئمة الثلاثة ويقف أعوان القاضي بين يديه ليكون
أهيب وإذا حضر القاضي بالخيار ان شاء ابتدأ فقال مالكوا إن شأركمهما حتى يتدثا هما بالنطق
وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشيء غير ما ينبغي ما فإذا تكلم المدعي أسكت الآخر حتى
يفهم حجته لأن في تكلمهما معاشيا وقلة حشمة لمجلس القضاء ثم يستنطق الآخر أو لم يسأل المدعي
ذلك وقيل لا إلا بعد سؤال المدعي بأن يقول سأله لكي يتفكر في الدعوى لتظهر له جهتها والاقال قم فصيح
دعواك وإذا سمعت الدعوى يقول فإذا تريد أن أصنع فإن قال أريد جوابه سأله والاصح عندنا أنه
يستنطقه ابتداء للعلم بالتصود وإذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلا بد من تقدمهن معهم واختار
محمد أن يقدم الدعوى الأولى فالأول ويضع على ذلك أمينا لا يرتشي يعزفه السابق وليكره على باب
القاضي ولا يكون عنده طمع ولو أشكل السابق يقرع بينهم ولا يستعمل على الخصوم بل يتهم فان
بالجولة تنقطع الحجة ويذهل عنها ولهذا لا يخوفهم فيكون مهيبا لاختافه الناس وأنكر الأئمة ما رأوا من
أخذ بواب القاضي شيئا ليكنه من الدخول وهو يعلم فالواو هذا فساد عظيم ليس لاحد أن يمنع أحدا من
التقدم إلى باب القاضي في حاجته والمأخوذ على ذلك رشوة محرمة وعلى هذا يقاس حال الذي يسمى
في زماننا ققيب القاضي قيل وينبغي أن يقوم بين يديه إذا جلس للحكم رجل يمنع الناس من التقدم إليه
معه سوط يقال له الجلواز وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود يقرب من القاضي
ويعلم أن القيام بين يدي القاضي للخصومة لم يكن معروفا بل أن يجلس معا على ما ذكرنا فهذه أيضا من
المحدثات لما فيه من الحاجة إليه وعن ابن عمر رضى الله عنهما أنه كان إذا سافر استحب رجلا سيئ
الادب فقيل له في ذلك فقال أما علمت أن الشر بالشر يدفع والمقصود أن الناس محتلفوا بالأحوال والادب
وقد حدث في هذا الزمان أمور وسفهاء فيعمل بعقضى الحال مراد به الخير لا حشمة النفس المؤدى إلى
الاعجاب والاحول ولا قوة الأباثة ويستحب أن يكون فيه عسبة بلا غضب وإن يلزم التواضع من غير
وهن ولا ضعف ولا يترك شيئا من الحق ويتخذ كاتباً أميناً صالحاً يكتب المحاضر والسجلات عارفاً بها
كي لا يقع السجل فاسداً بالاخلال ببعض الشروط كما هو مذكور في كتاب السجلات والمحاضر وبه عده
حيث يرى ما يكتب ويكتب خصومة كل منهما وشهادة شهودهما في صحيفة وهي المحضر في عرف الفقهاء
بخلاف عرف العادة اليوم بمصر (قوله ويكره تلقين الشاهد) وهو أن يقول له القاضي كلاما يستفيد
به الشاهد علما عليه الأئمة الثلاثة وعن أبي يوسف وهو وجه للشافعي لأبأس به لمن استولته الحيرة
أو الهيبة فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعيه بقوله أشهد بكذا وكذا بشرط كونه (في غير موضع
التهمة) أما فيها بأن ادعى المدعي ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بألف
فيقول القاضي يحتمل أنه أراه من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما فوفق به في شهادته كما وفق
القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كافي تلقين أحد الخصمين وفي المبسوط ما قاله عزيمه لأن القاضي

قال (ويكره تلقين الشاهد الخ) تلقين الشاهد وهو أن
يقول القاضي ما يستفيد
به الشاهد علما بما يتعلق
بالشهادة مثل أن يقول
أشهد بكذا وكذا مكرره
لأنه اعانة لاحد الخصمين
فيكره كتلقين الخصم وهو
قول أبي يوسف الأول ثم
رجع واستحسن التلقين
رخصة في غير موضع التهمة
لأن القضاء مشرع لأحياء
حقوق الناس وقد يحصر
الشاهد عن البيان لمهابة
مجلس القاضي فكان في
التلقين أحياء للعق بمنزلة
الأشخاص والتكفيل وأما
في موضع التهمة مثل أن
ادعى المدعي ألفا وخمسمائة
والمدعى عليه ينكر خمسمائة
وشهد الشاهد بألف
فالقاضي إن قال يحتمل
أنه أراه من الخمسمائة
واستفاد الشاهد علما بذلك
ووفق في شهادته كما وفق
القاضي فهذا لا يجوز
بالاتفاق وتأخير قول أبي
يوسف يشير إلى اختيار
المصنف رحمه الله والأشخاص
هو إرسال الرجل لا حضار
الخصم

(قوله تلقين الشاهد إلى
قوله مكرره لأنه اعانة الخ) أقول
تلقين الشاهد مبتدأ وقوله
مكرره خبره

﴿ فصل في الحبس ﴾

منه عن اكتساب ما يجزئ به تهمة الميل وثاقين الشاهد لا يخلو منه وقول أبي يوسف رخصة فانه لما ابتلى بالقضاء شاهد داخله عند أداء الشهادة لان مجلس القضاء مهاب فيضيع الحق اذ لم يعنه على أداء الشهادة ويحصر مضارع حصر من باب علم اذا امتنع عليه وضاق صدره به وتقدمت هذه اللفظة في كتاب الصلاة وأيضاً أمر باكرام الشهود فان الله يحبهم الحقوق وهذا التلقين اعانة واكرام حيث لا ينسب اليه القصور وقوله عزلة الاشخاص هو ارسال شخص ليا في شخصه يقال شخص من بلد الى بلد اذا ذهب من حدمع قيل وتأخير قول أبي يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على انه مختار المصنف وهذا بناء على أن قوله استحسنة معناه له دليل الاستحسان الاصطلاحى وقد لا يلزم ويكفى كونه أخد ليله في ذلك وفي فتاوى قاضيه لا ينبغي للقاضى أن يبيع ويشترى بنفسه بل يفوض ذلك الى غيره وبه قالت الأئمة الثلاثة وعن أحمد يتخذ وكيله لا يعرف انه وكيل القاضى فخر زاعن المحاباة بشرط شريح على عمر حنين ولاه ان لا يبيع ولا يشتري ولا أرتشى وقال بعض أشياخ المالكية ينبغي للقاضى أن يرتفع عن طلب العوارى من الماعون والدابة وما أشبه ذلك وعن محمد لا بأس أن يبيع ويشترى في غير مجلس القضاء وينبغي للمعصوم اذا وصلوا أن لا يسلموا على القاضى فاذا سلموا لا يجب على القاضى رد سلامهم فان رد يقتصر على قوله وعليكم ويخرج في أحسن نيابه والله الموفق

﴿ فصل في الحبس ﴾ أحكام القضاء كثيرة فذكر منها ما ذكر ومنها الحبس الا انه اختص بأحكام كثيرة فأفردة بفصل على حدته والحبس مشروع بالكتاب لانه المراد بالنفي المد كور بقوله تعالى أو ينقوا من الارض وبالسنة على ما سلف أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً في تهمة وذكر الخصاص ان ناساً من أهل الخجاز اقتلوا فقتلوا بينهم قتيلاً فبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حبسهم ولم يكن في عهده صلى الله عليه وسلم وأبي بكر سجن انما كان يحبس في المسجد أو الدهليز حتى اشتريه رضي الله عنه داراً بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذ محبساً وقيل بل لم يكن في زمن عمر ولا عثمان أيضاً الى زمن علي رضي الله عنه فبناه وهو أول سجن بني في الاسلام قال في الفائق ان علياً بنى سجنان من قصب فسماهما نافعاً فنقبه اللصوص ونسب الناس منه ثم بنى سجنان من مدرفسماهما مخبساً وفي ذلك يقول علي رضي الله عنه ألا ترى كيف ما مكبسا * بنيت بعد نافع مخبسا * يا با حصينا وأميناً كيفا

والحبس موضوع التخييس وهو التذليل والكيس حسن التاني في الامور والمكيس المنع وب الى الكيس وأراد بالاميين السجنان الذي نصبه فيه والمحبوس في الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا عيد ولا الجمعة ولا صلاة جماعة ولا الحج فريضة ولا حضور جنازة بعض أهله ولو أعطى كفيلاً بنفسه لانه شرع ليضجر قلبه فيسارع للقضاء وهذا قالوا ينبغي أن يكون موضوعاً خشناً ولا ييسر له فراش ولا وطاء ولا يدخل له أحد يستأنس به وقيل يخرج بكفيل بلحماره والوالدين والاجداد والجدات والاولاد وفي غيرهم لا وعليه الفتوى وفيه نظر لانه ابطال حتى آدمى بلا موجب وموت الاب ونحوه غير مبطل بنفسه نعم اذ لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعلى ذلك وسئل محمد عما اذا مات والده أخرج فقال لا ولو مرض في السجن فأضناه ان كان له خادم لا يخرج حتى يموت وان لم يكن له خادم يخرج لانه قد يموت بسبب عدم المرض ولا يجوز أن يكون الدين مفضياً للتسبب في هلاكه ولو احتاج الى الجماعة تدخل زوجته أو جاريتها فيطوؤها حيث لا يطلع عليه وقيل يمنع منه لان الجماعة ليس من الخواص الاصلية ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه الى الام عليه لانه قد يقضى الى المقصود من الايقاع بموته ثم ورأى هم وينعون من طول المكث والمال غير مقدور في الحبس فيحبس في الدرهم وما دونه لان ظلمه يتحقق بجمع ذلك

وهو مشروع بقوله تعالى أو ينقوا من الارض فان المراد به الحبس وبالسنة وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً بالتهمة خلا أنه لم يكن في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم سجن وكان يحبس في المسجد أو الدهليز حيث أمكن ولما كان زمن علي رضي الله عنه أحدث السجن بناء من قصب وسماه نافعاً فنقبه اللصوص فبنى سجنان من مدرفسماهما مخبساً ولان القاضى نصب لا يصل الحقوق الى مستحقها فان امتنع المطلوب من أداء حق الطالب لم يكن للقاضى بد من أن يجبره على الاداء ولا خلاف ان لا جبر بالضرب فيكون بالحبس أولى

﴿ فصل في الحبس ﴾

(قوله وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً الخ) أقول وقد مر ذلك من المصنف في أوائل كتاب الحدود (قوله فسماه مخبساً) أقول خيس تخييساً ذلله فتخييس بالخاء المعجمة قال في القاموس مخيس كعظم انتهى قال في النهاية المخيس بالكسر أى المذل من التخييس وهو التذليل

وروى بفتح الباء وهو موضع التخييس وهو الذى اختاره في المغرب

قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه الخ) اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يحلو اما أن يثبت بالاقرار أو بالبينة فان كان الاول لم يعجل بالحبس وأمره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واذا ثبت الحق باقراره لم يظهر كونه مماطلا في أول الامر لان من محتم أن يقول ظنت أنك تخلفني فلم أستعجب المال فان آيبت أو فبك حقل فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مظهره فيحبس وان كان الثاني حبسه كما سبق لظهور المماطلة بانكاره وروى عن شمس الأئمة السرخسي رحمه الله عكس ذلك ووجهه أن الدين اذا ثبت بالبينة كان له أن يعتذر ويقول ما علمت له ديناً على فاذا علمت الآن لأتواني في قضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار والمال غير مقدور في حق الحبس يحبس في الدرهم ومادونه لان مانع ذلك ظالم فيجازي به والمحبوس في الدين لا يخرج لمجيء رمضان والفطر والاضحية والجمعة وصلاة مكتوبة وحجة قرينة وحضور رجلا بغيره وأهله وموت والده وولده اذا كان غنة من يكفنه ويغسله لان حقوق الميت نصير بمقامة غيره وفي الخرج تفويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه لم يترك القيام بحق الوالدين (٤٧٣) وليس في هذا القدر من الخروج كثير ضرر الطالب وان مرض وله

خادم لا يخرج لانه شرع ايضاً جبر قلبه فيتسارع الى قضاء الدين وبالمريض يزاد الضجر وان لم يكن له خادم أخرجه لانه اذا لم يكن له من يعرضه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه ولو احتاج الى الجماع دخلت عليه زوجته أو جاريته فيطوئهما حيث لا يطلع عليه أحد لانه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذا شهوة الفرج وقيل الوطء ليس من أصول الحوائج فيجوز أن يمنع بخلاف الطعام ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه عليه ليسا ورهم في قضاء الدين ويمنعون من طول المكث عنده قال

قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه) لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في أول الوهلة فلهذا طمع في الامهال فلم يستعجب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مظهره أما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور الماثل بانكاره قال (فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كتمن المبيع أو التزيمه بعقد كالمهر والكفالة) لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناؤه واقدمه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلزم الا ما يقدر على أدائه والمراد بالمهر محمله دون مؤجله

(قوله واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحبه حبس غريمه لم يعجل بحبسه حتى يأمره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة) بقوله صلى الله عليه وسلم الى الواجد يحل عرضه وعقوبته رواه أبو داود وفسر عبد الله بن المبارك احلال عرضه باغلاظ القول له وعقوبته بالحبس (فلا بد من ظهور المماطلة) ولم تظهر عجزه وثبوت الحق بالاقرار (اذله طمع في الامهال فلم يستعجب المال) وانما يظهر اذا أمره بعد اقراره فامتنع (أما اذا ظهر بالبينة فيحبسه كما ظهر لظهور المماطلة بانكاره) وفي التوائد الظهيرة وعن شمس الأئمة السرخسي عكس هذا وهو أنه اذا ثبت بالبينة لا يحبس لاول وهلة لانه يعتذر بأن ما كنت أعلم أن علي ديناً له بخلافه بالاقرار لانه كان عالماً بالدين ولم يقضه حتى أحوجه الى شكواه وعلى قول الخصاف لا يحبس حتى يأمره في الاقرار والبينة (قوله فان امتنع) أي بعد أمره بقضائه (حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كتمن المبيع أو التزيمه بعقد كالمهر والكفالة) لانه اذا ثبت المال في يده ثبت غناؤه والمراد بالتزيم القدرة على الايفاء والا فالدين قد يكون دون النصاب ويحبس به يعني اذا دخل المال في يده ثبت قدرته على ايفائه وما لم يكن بدل مال لكنه لزمه عن عقد التزيمه كالمهر والكفالة لان اقدامه على مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه فيحبسه ولا يسمع قوله اني

(فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا الخ) فان امتنع الغريم عن أداء ما عليه حبسه اذا طلب فقير

الخصم ذلك كما مر ولا يسأله عن غناه وفقره فان ادعى الاعسار وأنكره المدعي اختلف المشايخ في قبول دعواه فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد كالمهر والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعي وقد ذكر القدوري هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كتمن المبيع أو التزيمه بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف على ذلك بقوله لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناؤه وزواله عن المالك محتمل والثابت لا يترك بالمحتمل وبقوله واقدمه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلزم الا بما يقدر على أدائه وهذا واجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن ويخرج عنه ما لم يكن ديناً مطلقاً كالنفقة وغيرها كما سئذ كره والمراد بالمهر محمله دون مؤجله لان العادة جرت بتسليم الممحل فكان اقدامه على النكاح دليلاً على قدرته

(قوله فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد الخ) أقول العقد قول يكون له حكم المستقبل فلا عقد في صورة التعاطي فلهذا قابل القدرى ما التزيمه بعقد عازمه بدلا عن مال فتأمل

قال القدوري (ولا يحبس فيما سوى ذلك) يعني ضمان الغصب وأرض الجنائيات (إذا قال اني فقير) لانه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول المدعي عليه (الآن يثبت المدعي أن له مالا يبيته فيحبسه وروى الخصاف عن أصحابنا رحمهم الله أن القول قول المدعي عليه في جميع ذلك) أي فيما كان بدلا عن مال ومالم يكن (لان الاصل هو العسرة) اذا ادعى تولد ولا مال له والمدعي يدعي عارضا والقول قول من تمسك بالاصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المدين مع عيونه (ويروى أن القول قوله الا فيما بدله مال) وهو مروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لانه عرف دخول شيء في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي ومالم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعي عليه لانه لم يدخل في ملكه شيء ولم يعرف قدرته على القضاء فبقي متمسكا بالاصل وهو العسرة فذلك ثلاثة أقوال وفي المسئلة قولان آخران أحدهما أن كل ما كان مبدله سبيل البر (٤٧٣) والصله فالقول فيه قول المدعي عليه

كافي نفقة المحارم والآخر ان يحكم الزى ان كان زى الفقراء كان القول له وان كان زى الاغنياء كان القول للمدعي الا في أهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم يتكفون في الزى مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجههم فلا يكون الزى فيهم دليل اليسار وقوله (وفي النفقة) بيان لما هو المحفوظ من الرواية ذكر في كتاب النكاح ان المرأة اذا ادعت على زوجها أنه موسر وادعت نفقة الموسر بن وادعى الزوج أنه معسر وعليه نفقة المعسر بن فالقول قول الزوج وفي كتاب العتاق أن أحد الشرعيين اذا أعتق نصيبه من العبد وزعم أنه معسر كان القول قوله وهاتان مسئلتان محفوطتان تؤيدان القولين الآخرين أماناً أي بهما

قال (ولا يحبس فيما سوى ذلك) إذا قال اني فقير الآن يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه (لانه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي اثبات غناه وروى أن للقول لمن عليه الدين في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة وروى أن القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان تؤيدان القولين الآخرين

فقير لانه كالتناقض لوجود دلالة اليسار (ولا يحبس فيما سوى هذين) النوعين (إذا قال اني فقير الآن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه) حيث أنه (لانه وجد دلالة اليسار) أي قدرته على الدين المدعي به هكذا ذكر في الكتاب (ويروى أن القول لمن عليه في جميع ذلك) أي فيما كان بدل مال أولزمه بعد تأد وحكما لفعله للعقد كالاتلاف وضمنان الغصب وهو قول الخصاف (لان الاصل هو العسرة) في حق كل أحد لانه خلق عديم المال ولهذا قال اذا ثبت الحق فلا يحبس حتى يسأله ألك مال أولا فان قال لا استخلفه فان نكل حبسه وان حلف أطلقه الآن يقيم المدعي البينة على قدرته وعندنا يحبس ولا يسأله فان قال أنا فقير حينئذ ينظر (ويروى أن القول له) أي للمدين (الا فيما بدله مال) كالقرض وعن المبيع بخلاف المهر والكفالة فان القول فيه ما قول المدعي ونسب الخصاف هذا القول لأبي حنيفة وأبي يوسف ومن العلماء من قال يحكم الزى ان كان يرى الفقراء فالقول قوله في الفقر الا أن يثبت المدعي قدرته وان كان يرى الاغنياء فالقول للمدعي الا في الفقهاء والعلوية والعباسية لا يحكم الزى فيهم لانهم يتكفون في لباسهم مع فقرهم وحاجتهم وعلى هذا القول لو كان على المطلوب زى الفقراء فادعى المدعي أنه غير زيه وقد كان عليه زى الاغنياء قبل أن يحضر مجلس الحكم فان القاضي يسأل المدعي البينة على ذلك فان أقام البينة انه كان عليه زى الاغنياء جعل القول قول المدعي فان لم يقدر على البيان حكم زيه في الحال فيجعل القول قول المدين وكلما تعارضت بينة اليسار والاعسار قدمت بينة اليسار لان معها زيادة علم اللهم الا أن يدعي المدعي أنه موسر وهو يقول أعسرت بعد ذلك وأقام بينة بذلك فانها تقدم لان معها علما بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال ثم ذكر المصنف مسألتين محفوطتين نصاعن أصحابنا بخلاف أحدهما أن المرأة اذا ادعت أنه موسر لتأخذ نفقة اليسار وقال انه معسر لمعطى نفقة الاعسار أن القول للزوج والثانية أحد الشرعيين اذا أعتق نصيبه وزعم أنه معسر فلا يضمن لساكت شيئا ولكن يستدعى العبد فإلا شر يكبل موسر ليضمنه كان القول قول المعتق قال المصنف (والمسئلتان تؤيدان القولين الآخرين) يعني قول القائل القول لمن عليه في جميع ذلك

(٦٠ - فتح القدير خامس) للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلانه جعل القول قول الزوج والمولى

(قوله يعني ضمان الغصب) أقول فيه ان ضمان الغصب دين لزمه بدلا عن مال حصل في يديه فوجد فيه دليل اليسار فينبغي أن يكون القول قول المدعي كما صرح به في البدائع وجوابه أن وضع المسئلة فيما اذا ثبت هلاك المصوب أو غصبه منه عند الثاني وما في البدائع فيما اذا باعته لا خرمه لا (قوله والمدعي يدعي عارضا الخ) أقول ولا يخفى أن العارض ثبت بدليته الذي ذكره المصنف أنفا والاصل انقاؤه حتى يظهر خلافه (قوله ولم يعرف قدرته على القضاء) أقول بل علم باقدامه على التزامه باختياره (قوله فلانه جعل القول قول الزوج الخ) أقول لا يخفى أن ما ذكره مغالطة منشؤها اشتراك لفظ اليسار والاعسار بين المعينين فان المراد باليسار في قولهم واقدامه عن التزامه باختياره دليل يساره وهو القدرة على الإبقاء ولا كذلك في النفقة

مع أنهم ما بشرأ عقد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكر أولاً كان القول قول المرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار وأما تأييدهما الذي كان القول لمن عليه الا فيما بدله مال فلانه لما يكن بدل المهر وبذل ضمان الاعتاق ما لا جعل القول قول من عليه فعلم أن الصحيح هو القولان الاخيران وقوله (والخبر صحيح على ما قال في الكتاب) يعني القدوري جواب عن المستثنين نصرة للذكر فربيه وتقريره انه أي النفقة على تأويل الاتفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا تسقط بالموت بالاتفاق وقد تقدم ان الدين الصحيح هو ما لا يسقط الا بإبراء من له أو بإفائه من عليه (٤٧٤) وكذا ضمان الاعتاق عند أبي حنيفة رحمه الله وحيد لا يرد نقضاً على ما في الكتاب وهو قوله

حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال أو التزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل الاستدلال على القدرة لانه اذا علم أنه لا يحصل الخلاص منه في حياته ومماته من جهته الا بالإفاء وأقدم عليه دل على أنه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه قول المدعي ان له مالا أو ثبت ذلك عليه بالبينه فيما اذا كان القول قول من عليه بحسبه الحاكم شهرين أو ثلاثة ثم يسأل بجيرانه وأهل خبرته عن يساره واعساره أما الحبس فلنظهور ظلمه بالمطل في الحال وأما توفيقه فلانه لاظهار ماله ان كان يحفيه فلا بد من مدة ليفقد هذه الفائدة فقد رعا ذكره ويرى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر وهو اختيار الطحاوي لان مادونه عاجل والشهر آجل قال شمس الأئمة المالواني وهو أرفق الاقاويل في هذا الباب وروى الحسن عن أبي حنيفة أربعة أشهر الى ستة أشهر

والخبر صحيح على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند أبي حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينه فيما كان القول قول من عليه بحسبه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالجس لظهور ظلمه في الحال وانما يحسبه مدة ليظهر ماله لو كان يحفيه فلا بد من ان تمتد المدة ليفقد هذه الفائدة فقد رعا ذكره ويرى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة الى ستة أشهر

وقول القائل القول لمن عليه الا فيما بدله مال أما تأييدهما الاول فلانه جعل القول قول الزوج والمعنى فلو كان الصحيح المذكر كوراً ولا كان القول للمرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار وأما تأييدهما الثاني فلانه لما يكن بدل المهر وبذل العتق ما لا جعل القول قول من عليه فعلم بهذا أن الصحيح هو القولان الاخيران كذا في النهاية ومنهم من استروح في الاول فقال أما تأييدهما القول من قال القول له في جميع ذلك فظاهر وذكر في الثاني ما ذكر في النهاية ولا يخفى انهما يبطلان لان القول المفصل في الكتاب بين كون الدين ملتزماً بمال أو بعقد فلا يكون القول للطلوب وكونه بخلافهما فالقول للطلوب فان البذل فيه مما لزمه بعقد أو شبهه وهو الفصل الحسن الموضوع ببيا عن العتق ويؤيدان القول الاخير وهو أن القول للديون الا فيما بدله مال فان البذل في المسئلة ليس مالا ويجعل القول للديون تأييد القول بأن ما بدله ليس بمال يكون القول فيه للطلوب وان التزمه بعقد ثم هذه الثانية باعتبار صدقها مع جزء كل من القولين عطافقة كل منهما بوجه أنه يفيد الشمول والافل يلزم من كون القول للطلوب فيما اذا التزمه بعقد والبذل ليس بمال كون القول له في جميع الديون فمافي النهاية والدرية وغيرهما من قوله بعد توجيه التأييد فكان الصحيح هما القولان فظاهر وكيف يمكن أن يجمع بينهما في الصحة وهما متباينان فان كون القول للطلوب في الكل اذا كان هو الصحيح لا يكون الفصل بين كون بدل الدين مالا فالقول للدين أو غير مال فالقول للطلوب صح ما قال في الشبهة فيه انما يبطلان القول المذكور في الكتاب ليس غير وأجاب المصنف عن الإبطال المذكور بأن دين النفقة وضمنان العتق ليس بدين مطلق بل هو صلة واجبة ولهذا سقطت النفقة بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند أبي حنيفة وهذا معنى قوله (والخبر صحيح على ما قال في الكتاب الخ) فلم يرد ان نقضاً في جميع قول الكتاب المفصل على قوته وثبوته (ثم فيما) اذا (كان القول قول المدعي أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينه بحسب) المديون (شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالجس لظهور الماطلة ثم انما يحسب مدة ليظهر ماله) فيؤدى ما عليه (فلا بد ان تمتد تلك المدة ليفقد هذه الفائدة فقد رعا ذكره) وهو شهران أو ثلاثة وهو رواية محمد عن أبي حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة (ويرى غير ذلك من التقدير بشهر) وهو اختيار الطحاوي لان ما زاد على الشهر في حكم الاجل وما دون الشهر في حكم العاجل فصار أدنى الاجل شهر أو الاقصى لا غاية له فيقدر بشهر وروى (أو أربعة أشهر الى ستة أشهر) وهو رواية الحسن

(قوله مع أنهم ما بشرأ عقد النكاح والاعتاق) أقول أنت خبير بأن الالتزام في

صورة الاعتاق وقوف على ثبوت يسار المعنى فلا يدل الاعتاق مجرد ادعى الالتزام فلا نقض (قوله بدل المهر) أقول الظاهر عن أن يقول بدل النفقة (قوله فعلم أن الصحيح هو القولان الاخيران) أقول كيف يجتمعان على الصحة وهما متباينان الآن يقال المراد أن الصحيح لا يعدو هما لان كلامهما صحيح (قوله أي النفقة على تأويل الاتفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة) أقول الاتفاق لا يكون ديناً فلا وجه لهذا التأويل والاصوب أن يقال على تأويل الدين وان يرجع الضمير الى كل من النفقة وضمنان الاعتاق (قوله وقد تقدم أن الدين الصحيح الخ) أقول في الكفالة (قوله ويرى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر) أقول قوله بشهر متعلق بقدر

والصحيح ان شيئا من ذلك ليس بمتقدّر لازم بل هو مفوض الى رأى القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيسه في الناس من يضجر في السجن في مدة قليلة ومنهم من لا يضجر كثير بمرور تلك المدة التي ضجر الآخر فان وقع في رأيه ان هذا الرجل يضجر بهذه المدة ويظهر المال ان كان له ولم يظهر سأل عن حاله بعد ذلك فان سأل عنه فقامت بيعة على عسرته أخرجه القاضى من الحبس ولا يحتاج في البيعة الى اقفلة الشهادة والعهد بل اذا أخبر بذلك ثقة عمل بقوله والاثنان أحوط اذا لم يكن حال منازعة اما اذا كانت كما اذا ادعى المطلوب الاعسار والطالب اليسار فلا بد من اقامة البيعة فان شهد شاهدان أنه معسر خلى سبيله وليس هذا شهادة على النفي لان الاعسار بعد الدار أمر حادث فتكون الشهادة بأمر حادث لا بالنفي وان استخلف المطلوب الطالب على أنه لا يعرف أنه معسر حلفه القاضى فان نكل أطلقه وان حلف أبا الحبس وقال شيخ الاسلام هذا السؤال من القاضى عن حال المدين بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي وهي ليست بحجة فلا قاضى أن يعمل برأيه ولكن لو سأل كان أحوط فيقبل محمد بن رجح الله قبل البيعة على اليسار وهو لا يثبت الا بالملك وتعذر التضام لان الشهود لم يشهدوا بمروره ولم يقبل فيما اذا أنكر المشتري جوار الشفيع وأنكر ملكه في الدار التي بيده في جنب الدار المشتركة فأقام الشفيع بيعة ان له نصيبا في هذه الدار ولم يبين مقدار نصيبه فان القاضى لا يقضى بهذه البيعة فما الفرق بينهما وأوجب بأن الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين والقدرة عليه انما تكون ملك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك ان يكون قدر الدين معلوما في نفسه اما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شيء معلوم لان القليل والكثير في استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما ما قال (فان لم يظهر له مال خلى سبيله الخ) فان لم (٤٧٥) يظهر له ماله بعد مضي المدة التي

راها القاضى برأيه أو بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ كشمس وأوشهرين أو أربعة أشهر على ما تقدم خلى سبيله لانه استحق النظر الى الميسرة لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فكان الحبس بعده ظمأ وفي بعض الشروح جعل قوله يعني بعدم مضي المدة متعلقا بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه أنه لا يخلطه مالم

والصحيح ان التقدير مفوض الى رأى القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيه فان لم يظهر له مال خلى سبيله) يعني بعدم مضي المدة لانه استحق النظر الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البيعة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ رجحهم الله قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسند كره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

عن أبي حنيفة أي ما بين أربعة أشهر الى ستة أشهر رواية الحسن عن أبي حنيفة (قوله والصحيح الخ) ذكره شام عن محمد بن نحوه وكذا الصدوق في تهذيبه في هذا غير معتبر بل هو مفوض الى رأى القاضى اذا التصوب بالحبس أن يضجر قلبه فيقبضه ان كان له مال وهذا يختلف باختلاف الناس ان غاب على ظن القاضى بعدم دونه لو كان له مال فرج عن نفسه فيسأل عنه جيرانه وأهل الخبرة فان شهد شاهدان عنده انه قادر على قضاء الدين أبد حبسه وان قالوا انه ضيق الحال أطلقه ولو رأى أن يسأل قبل انقضاء مدة الحبس كان له ذلك وأما السؤال قبل الحبس وقبول بيعة الاعسار ففيه اختلاف الرواية عن محمد بن رواية تقبل قبل الحبس وبه أفتى محمد بن الفضل واسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة ونصير بن يحيى

غض المدة وليس كذلك فان أحصاها ذكره في نسخ أدب القاضى وقالوا اذا ثبت اعساره أخرجه من الحبس وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شيء من ذلك (ولو قامت البيعة على افلاسه قبل مضي المدة) بأن أخبر واحد ثقة أو اثنان أو شهد بذلك شاهدان أنه مفلس معدوم لان علمه لا مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اخترنا أمره سر او علانية فقيه روايتان (تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعليها عامة المشايخ) وان كان ذلك قبل الحبس فعن محمد بن روايتان في رواية لا يحبس به كان يبقى الشيخ الجليل أبو بكر محمد بن الفضل وهو قول اسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة رجحهم الله وفي أخرى وعليها عامة مشايخ ما وراء النهر أنه يحبس ولا يلتفت الى هذه البيعة لانها على النفي فلا تقبل الا اذا تأيدت بمؤيد وقبل الحبس ما تأيدت فاذا حبس ومضت مدة فقد تأيدت به اذا الظاهر ان القادر على خلاص نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها (قال في الكتاب) أي القدوري (خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام) يعني المنع عن ملازمة المدينون بعد اخراجه من الحبس (في الملازمة) هل للطالب ذلك أولا (وسند كره في باب الحجر بسبب الدين ان شاء الله تعالى)

(قوله وفي بعض الشروح جعل قوله الى قوله وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شيء من ذلك) أقول المراد من البعض هو الاتقاني وسيظهر جواب آخر آنفا بأن ما في الكتاب على رواية الاصل فاندفع الاشكال على أن ثبوت الاعسار يكون بالنية وعدم الظهور لا يلزم أن يكون بها فالمراد خلى سبيله بمجرد عدم ظهور المال على ما يفهم من الشرطية فافهم (قوله فان أحصاها ذكره في رواية) أقول ممنوع فانه يفهم مما ذكره أيضا انه اذا لم يظهر له قبل مضي المدة لا يخلطه قال المصنف (ولا تقبل في رواية) أقول وهذا اذا كان أمره مشكلا وافلاسه غير ظاهر بين الناس والا فلا يحبس (قوله وهذا الكلام يعني المنع عن ملازمة المدينون) أقول لعل العيوب يعني عدم المنع كالا يخفى

(وذكر في الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فانه يحبس ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبد حسبه وان كان معسرا اخلى سبيله) وهذا بظاهره يناقض ما ذكر في أول الفصل ان الحق اذا ثبت بالاقرار لا يحبس أول وهله فيحتاج الى تأويل فلهذا ذكر المصنف تأويله بقوله (ومراده) أي مراد محمد (٤٧٦) (اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة قبل ذلك فظهرت مماطلته) وهذه الرواية تصلح

وفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فانه يحبس ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبد حسبه وان كان معسرا اخلى سبيله ومراده اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس أولا ومدته قديناه فلا نعبده قال (ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع (ولا يحبس والد في دين ولده) لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحودود والقصاص (الا اذا امتنع من الانفاق عليه) لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك اسقوطها بمضى الزمان والله أعلم

وهو قول الشافعي وأحمد والاكثري على انها لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك قيل وهو الاصح فان بينة الاعسار بينة على النفي فلا تقبل حتى تتأيد بمؤيد وبعد مضي المدة أيدت اذ الظاهر انه لو كان له مال لم يتمل ضيق السجن ومرارته واعلم أن سؤال القاضي بعد المدة الاحتياط والافق عدم مضي المدة التي يغلب على ظن القاضي انه لو كان له مال دفعه وجب اطلاقه ان لم يقم المدعي بينة يساره من غير حاجة الى سؤال واليه بشير قوله فان لم ينكشف له مال اخلى سبيله ولو طالب المدعي بينة يساره من غير ما به علم انه معسر حلف فان نكل أطلقه ولو قبل الحبس وان حلف أبد حسبه ولا شك أن معناه ما لم تقم بينة على حدوث عسره قال أبو القاسم في كيفية تهاده الاعسار أن يقول أشهد انه مفلس لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اخترنا أمره سرا وعلاية بخلاف ما اذا مضت المدة فقال فانه يكفي الواحد العدل في اخباره بالعسرة والاثنان أحوط ولا يشترط فيها اللفظة الشهادة ذكره في باب الحبس من كفالة شيخ الاسلام (قوله وفي الجامع الصغير رجل أقر بدين عند القاضي فانه يحبس ثم يسأل عن حاله) انما ذكره لما في ظاهره من المخالفة لما قدمه من قوله اذا ثبت الدين بالاقرار لا يحبس في أول الوهلة فان هذا ظاهره في وصل الحبس باقراره فذكره ليؤيده بقوله (ومراده اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته فترافعا) الى القاضي فانه يحبس بمجرد جوابه انه لم يعطه الى الا تشيا (قوله ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع) ويتحقق ذلك بأن تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وان كان مقدار النفقة قليلا كالدنانق اذا رأى القاضي ذلك فأما مجرد فرضه لو طلبت حسبه لم يحبس لان العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق وهذا يقتضي انه اذا لم يفرض لها ولم يتفق الزوج عليها في يوم ينبغي اذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالانفاق فان رجع فلم يتفق أو جعه عقوبة وان كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها وهو قياس ما أسلفناه في باب القسم من قولهم اذا لم يقسم لها فرفعه الى القاضي بأمره بالقسم وعدم الجور فان ذهب ولم يقسم فرفعه أو جعه عقوبة وان كان ما ذهب لها من الحق لا يقضى ويحصل بذلك ضرر كبير (قوله ولا يحبس والدي في دين ولده فانه عقوبة) ولا يستحق الوالد عقوبة لاجل الولد لان التأفيف لما حرم كان الحبس حراما لانه فوقه وكذا لا يحمله اذا قذفه ولا يقتص منه اذا قتله أما اذا امتنع من الانفاق عليه فانه يحبس وكذا كل من وجبت عليه النفقة فأبى عن الانفاق) أبا كان أو أم أو جدا لان في ترك الانفاق سعي في هلاكهم ويجوز أن يحبس الوالد اقصد الى اهلاك الولد (ولانه لا يتدارك اسقوطها) أي اسقوط النفقة (بمضى الزمان) بخلاف الدين فانه لا يسقط وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه لان المولى لا يستوجب عليه دين ولا المولى لعبد المأذون غير المديون لان كسبه لمولاه فكيف يحبس له فان كان

أن تكون معتمد شمس الأئمة السرخسي فيما نقل عنه من العكس كما تقدم في أول الفصل أو يحتمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التأويل (قوله والحبس أولا) يعني ان المذكر في الجامع الصغير من الحبس أولا ومدته على ما بينا ليس فيه مخالفة لما بيناه فيحتاج الى ذكره لها فلا نعبده قال (ويحبس الرجل في نفقة زوجته الخ) اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته أو اصطالحا على مقدار ولم يتفق عليها ورفعت الى الحاكم يحبس لظهور ظلمه بالامتناع (ولا يحبس والدي في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحودود والقصاص) قال الله تعالى ولا تنقل لهما أف واخفض لهما جناح الذل من الرحمة الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده وفي تركه سعي في هلاكه ويجوز أن يحبس الوالد اقصد الى اهلاك مال الولد (ولان النفقة تسقط بمضى الزمان فلا يمكن تداركها) وسائر الديون لم تسقط به فاقترعوا وكذا لا يحبس المولى

لعبد اذا لم يكن عليه دين فان كان حريص لان ذلك لحق الغرماء وكذا العبد لمولاه لانه لا يستوجب عليه دين وكذا الدين عليه مكانه اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في حق كسبه بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لدين الكتابة لانه من اسقاطه فلا يكون بالمنع ظالم لا يحبس في غيره لانه لا يتمكن من الضيق بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وقيل تجب التسوية بينهما لانه متمكن من تمييز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة والله أعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي

أورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاء أيضا لأن السجين يتم بقاض واحد وهذا باثنين والواحد قبل الاثنين والقياس بأبي جواز العمل به لانه لا يكون أقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه (٧٧) وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به

القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير اذا الخط يشبه الخط وانما الخاتم الا انه يجوز الحاجة الناس لما روى ان علماء رضى الله عنه جوزه كذلك وعليه أجمع الفقهاء قال (و يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق الخ) يقبل كتاب القاضي الى القاضي في حقوق تمت بالشهادات دون ما يدرى بها اذا شهد به بضم الشين عند المكتوب اليه الحاجة وهو نوعان المسمى سجلا والمسمى الكتاب الحكمي وذلك لان الشهود اما أن يشهدوا على خصم أو لا وتذكره بشر إلى أنه ليس المدعى عليه اذ لو كان اياهما احتج الى الكتاب والكتاب لا يدمنه لثالبقع القضاء على الغائب فالمراد به كل ما يمكن أن يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجية وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا لان السجل لا يكون الا عند الحكم وان كان الثاني لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم به المكتوب اليه وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ ووافق رأيه أو خالفه لا تصل الحكم به وأما الثاني فان وافقه نفذ

باب كتاب القاضي الى القاضي

قال (و يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده) للحاجة على ما تبين (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحجية (وكتب بحكمه) وهو المدعو سجلا (وان شهدوا به بغير حضرة الخصم لم يحكم) لان القضاء على الغائب لا يجوز (وكتب بالشهادة) ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي

عليه دين حبس لانه الغرماء في التحقيق ويحبس مولى المكتوب لا المكتوب اذ لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لان في الحبس له حق أخذه فاذا أخذ بمتقيان قصاصا في غير جنسه لا تقع المقاصدة والمكتوب في كسبه كالحرف له حق المطالبة فيحبس اطله أما المكتوب فلا يحبس دين الكتابة لولا لانه بالامتناع لا يصير ظالموا لو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لانه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وعن بعض مشايخنا هما سواء لانه يتمكن من اسقاطه بتجيز نفسه فيسقط الدين عنه لان المولى لا يثبت عليه دينه وفي ظاهر الرواية أن بدل الكتابة صلة من وجه بخلاف سائر الديون

باب كتاب القاضي الى القاضي

هذا أيضا من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود الا بقاضين فهو كالركب بالنسبة الى الحبس والعمل بكتاب القاضي الى القاضي على خلاف القياس لانه لا يزيد على اخباره بنفسه والقاضي لو أخبر قاضي البلد الاخرى بأنه ثبت عنده بيينة قبلها حق فلان على فلان الكائن في بلد القاضي الاخر لم يجز العمل به لان اخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولا يثبت فمكتوبة أولى أن لا يعمل به لكنه جاز باجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس الى ذلك فان الانسان قد لا يقدّر على أن يجمع بين شهوده والمدعى عليه بان كانا في بلدين يجوز اعانة على احوال الحقوق لمستحقها وما وجه القياس به لما فيه من شبهة التزوير فان الخط والختم يشبه الخط والختم فليس بذلك لان هذه الشهادة منتفية باشرائط شهادة الشهود وعلى نسبة ما فيه الى القاضي المرسل وأنه ختمه وقيل أصله ما روى الضمالة بن سفيان أنه عليه الصلاة والسلام كتب أن ورث امرأته أشيم الضبابي من دينه زوجها رواه أبو داود والترمذي وأجمع الفقهاء عليه لا ينال لانه لم يمسس الحاجة الى كتاب القاضي لان الشاهد من على الكتاب يجوز أن يشهد على شهادة الأصول ويؤدون عند القاضي الثاني فلم يحتج اليه لانا نقول في الشهادة على الشهادة يحتاج القاضي الثاني الى تعديل الاصول وقد ثبت ذلك في بلده وبالكتاب يستغنى عن ذلك لانه يكتب بعد الله الذين شهدوا عنده (قوله) يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق أي التي ثبتت مع الشهادتين بخلاف الحدود والقصاص (اذا شهد به) أي بالكتاب (عند القاضي) المكتوب اليه على ما تبين من أن الشهود فيه ما هو عن قريب ثم فصل فقال (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) يريد بالخصم الحاضر من كان وكلام من جهة المدعى عليه أو مستخرا وهو من ينصبه القاضي وكلام عن الغائب ليسم الدعوى عليه والاول أراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة الى الكتاب الى القاضي الاخر لان الخصم حاضر عند هذا القاضي وقد حكم عليه (و) اذا حكم (كتب بحكمه) الى قاضي البلد التي فيها الموكل ليقضى منه الحق (و) هذا الكتاب المتضمن للحكم (هو المدعو سجلا) في عرفهم (واذا شهدوا بالخصم حاضر لم يحكم) لانه حينئذ قضاء على غائب (و) انما (يكتب بالشهادة الى القاضي الاخر ليحكم) هو (بها وهذا هو الكتاب الحكمي) في عرفهم نسبوته الى الحكم باعتبار

باب كتاب القاضي الى القاضي

(قوله ليحكم به المكتوب اليه) أقول وما يفعله القضاة من ارسال المدعى عليه مع المدعى الى القاضي الكتاب اذا طلب ذلك منهم فلهل مستندهم فيه ما سيجي في هذا الكتاب والنهاية وغيره في شرح قوله ولا يقضى القاضي على غائب

والا فلا اعدم اتصال الحكم به وقد يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة وتختص بشرائط منها العلم الخمسة وهي أن تكون من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وسند كرماعداها ان شاء الله (قوله وجوازه) هو الموعود بقوله على ما يميز وهو يشير الى أن جوازه ثابت بمشابهته للشهادة على الشهادة لاتحاد المبادئ وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم فكما يجوز الشهادة على الشهادة لاهياء حقوق العباد فكذلك يجوز الكتاب لذلك ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم أنه يخالف القياس في راديه الاتحاد في مناهل الاستحسان وقوله (يعني القدوري) في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجهودة (والمضاربة المجهودة لان كل ذلك بمنزلة الدين) والدين يجوز فيه الكتاب فكذلك اقيم كما كان في منزلته (قوله وهو يعرف) أي الدين (يعرف بالوصف) يشير الى ثلاثة أشياء الى ان الدين انما يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج فيه الى الاشارة لا يجوز فيه الكتاب والى ان الامور المذكورة بمنزلة الدين في انما تعرف بالوصف لا تحتاج الى الاشارة واعتراض بأن ماسوى الدين يحتاج اليها فان الشاهد يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمرأة في دعوى (٤٧٨) النكاح من الجانبين وكذلك في الباقي فكانت بمنزلة النكاح والحيوان وكتاب

وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه لما سألنا الحاجة لان المدعى قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده ونخصه فأشبهه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجهودة والمضاربة المجهودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يقبل في العبد دون الامانة غلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيها بشرائط تعرف في موضعها

ما يؤول (وهو في الحقيقة نقل الشهادة) الى ذلك القاضي وسند كشرائط الحكم من القاضي الثاني به والفرق بين الكتابين أن السجل يلزم العمل به وان كان المكتوب اليه لا يرى ذلك الحكم لصدور الحكم في محل مجتمعه وفيه الكتاب الحكمي لا يلزم اذا كان يخالفه لانه لم يقع حكم في محل اجتهاده فله أن لا يقبله ولا يعمل به (ويندرج في الحقوق الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجهودة والمضاربة المجهودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف غير محتج الى الاشارة) واستشكل بأن في دعوى النكاح لا بد من الاشارة الى الرجل والمرأة وكذا في الامانة والمغصوب فكانت هذه بمنزلة الاعيان المدعى بها وأجيب بأن المدعى به نفس النكاح والغصب ونحوه وذلك لا يحتاج الى الاشارة لانها من الافعال وان كان يلزم في ضمنه الاشارة الى الرجل والمرأة اذ كل خصم والاشارة الى الخصم شرط ولا يخفى ما فيه لان الاشارة الى الزمته بأي طريق كان ضمنا أو قصدا تتعدى على شهود القاضي الكتاب فالحق أن الاشارة لا تلزم من الاصول الى الخصم الغائب بل يشهدون على مسمى الاسم الخاص والنسب والشهرة فاذا واصل الكتاب هناك يقع التعيين كما سئذ كرنا شاء الله تعالى فيكتب فيها كما يكتب في الدين والعبد (ويقبل في العقار أيضا) اذا بين حدودها الاربع (لان التعريف يحصل به ولا يقبل في الاعيان المنقولة) كالحمار والنوب والعبد (للحاجة الى الاشارة) فيها (وعن أبي يوسف انه يقبل في العبد دون الامانة لقلبه الاباق في العبد) لانه يشهد خارج البيت فاباؤه

القاضي الى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية وأجيب بأن الاشارة الى الخصم شرط فيما ذكرنا وهو ليس مدعى به انما هو نفس النكاح والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال ألا ترى ان الاشارة الى الدائن والمدين لا بد منها عند دعوى الدين وليس ذلك مما يمنع بالاجماع (و يقبل كتاب القاضي الى القاضي في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتحديد) وذلك لا يحتاج الى الاشارة (ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة اليها) عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله ولهذا لم يجوزاه في العبد والجواري واستحسن أبو يوسف في العبد دون الامانة لغلبة الاباق في

العبد دون الامانة) فان العبد يشهد خارج البيت غالباً فيقدر على الاباق فنفس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامانة فانها متيسر تخدم داخل البيت غالباً (وعنه) أي عن أبي يوسف (انه يقبل فيها بشرائط تعرف في موضعها) يعني الكتب المبسوطة كالمسوط وشروح أدب القاضي وصحة ذلك بخاري أبق عبده الى سمرقند مثلاً فآخذ سمرقندي وشهود المولى بخاري فطلب من قاضي بخاري أن يكتب بشهادة شهوده عند يجب ان ذلك ويكتب شهد عدى فلان وفلان بأن العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعى وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلم ما فيه ويرسلهما الى سمرقند فاذا انتهت الى المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو بيده يشهد اعنده عليه بالكتاب وبما فيه فتقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعى ولا يقضى له به لان شهادة شاهدي الملك لم تكن بحضرة العبد وبأخذ كفيلا من المدعى بنفس العبد ويجعل في عنق العبد خاتماً من رصاص (قوله والا فلا) أقول بان كان مما اختلف فيه الفقهاء (قوله وأجيب بأن الاشارة الى الخصم شرط) أقول فان قبل اذا كان شرطاً ينبغي أن لا يجوز بدونه فلنا جواز الاستحسان على خلاف القياس

وعن محمد رجه الله انه يقبل فى جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون

متيسر فلما ساس الحاجة فيه جوزته بخلاف الامه لانها داخل البيت فلا يتيسر لها تيسره (وعن محمد انه يقبل فى جميع ما ينقل) من الدواب والسياب والاماء (وعليه المتأخرون) ونص الاستيعابى على أن الفتوى عليه وبه قال مالك وأحمد والشافعى فى قول فان المانع منه ما كان الا الحاجة الى الاشارة فى الاعيان وهى غائبة فى بلد المكتوب اليه ولا شك ان فى الدين أيضا لا بد من الاشارة الى المديون ليقضى عليه ومع ذلك اكتبى باسمه وشهرته فى الاثبات عليه وقبول القاضى الكتاب الشهادة عليه وما ذاك الا لان عند القضاء من الثانى يتحقق معنى الاشارة والتعيين ويتبين ذلك بايراد الصور فصوره الدين اذا شهدوا على فلان بن فلان الفلانى أن يكتب كذا كره الحسن فى المجرى من فلان قاضى كورة كذا الى فلان قاضى كورة كذا سلام عليك فالى أحمد اليك الله الذى لا اله الا هو أما بعد فان رجلا أتانى فقال له فلان بن فلان وذكر ان له حقا على رجل فى كورة كذا ولم يذكر فى المجرى فقال له فلان بن فلان الفلانى على فلان بن فلان الفلانى ولا بد منه كما سئلتك وسألتنى ان اسمع بينته وأكتب اليك بما يستقر عندى من ذلك فسألته البينة فأتانى بعدة منهم فلان وفلان وفلان ويحلمهم وينسبهم فشهدوا عندي ان فلان بن فلان الفلانى على فلان بن فلان الفلانى كذا وكذا دره حاديا حلالا وسألتنى ان أحلته بالله ما قبض منها شيئا ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشئ منها وحلفته خلف بالله الذى لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذى قامت به البينة عندي ولا قبضه له وكيل ولا أحاله ولا قبضه له قابض وأنه عليه فسألتنى أن أكتب له كتابا اليك بما استقر عندي من ذلك فمكتبت اليك هذا الكتاب وأشهدت عليه شهودا أنه كذا وكذا وقرأته على الشهود قال ثم طوى الكتاب ويختم عليه فان ختم عليه شهوده فهو أوثق ثم يكتب عليه عنوان الكتاب من فلان قاضى كورة كذا الى فلان قاضى كورة كذا ثم يرفعه الى المدعى فاذا أتى به المدعى الى القاضى الذى بالكورة فذكر أن هذا كتاب القاضى اليه سأله البينة على كتاب القاضى ولا ينبغي أن يسمع بينة المدعى حتى يحضر الخصم فاذا حضره وأقر أنه فلان ابن فلان الفلانى قبل بينته وسمع منه فان أنكر قال له جئنى بالبينة ان هذا فلان بن فلان الفلانى فان جاءهم أو عدلوا سمع بينة المدعى حينئذ على ان هذا كتاب القاضى الذى ذكر فيقول لهم أقرأ عليكم ما فيه فاذا قالوا قرأه عاينا وأشهدنا ان هذا كتابه وختمه فاذا سمع منهم لا يفك الخاتم حتى يسأل عنهم فاذا عدلوا لا يفكهم أيضا حتى يحضر الخصم فاذا حضر فكه وقرأ عليهم وعليه فان أقر الزمهم اياه وان أنكر قال ألك حجة والاقضيت عليك فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة قبلها وان قال استأنا فلان بن فلان الذى شهدوا عليه بهذا المال لزيد بن فلان قال له هات بينة ان فى هذه الصناعة أو القبيلة رجلا يتسبب بمثل ما تنسب اليه والا الزمك ما شهد به الشهود فان جاءه بينة على أن فى تلك القبيلة أو الصناعة من يتسبب بمثل ما تنسب اليه أ بطل الكتاب وان لم يكن فى تلك القبيلة أو الصناعة أحد على اسمه واسم أبيه قضى عليه انتهى فقد علمت ان التعيين الذى هو المقصود بالاشارة يحصل بآخرة الامر قبل القضاء عليه وفى هذه الصورة مواضع وان كانت ظاهرة تنبئ عليها منها قوله فى شهود الكتاب منهم فلان وفلان ويحلمهم وينسبهم لم يذكر كتب عدالتهم ولا بد منها وقالوا لو كتب وأقام شهودا عدلوا عرفتهم بالعدالة أو سألت عنهم فعدلوا كفى عن تسميتهم ونسبهم وعندي لا بد أن يقول أحرار عدلوا اذا لم يسمهم والذى يظهر من كلام محمد وعنه انه لا بد من تسميتهم ونسبة كل منهم ومصلحه وحرقته ان تاجر افتحرا ومن اعراف اعرار والمقصود تميم تعريف الشهود ثم يذكر ان عرفهم بالعدالة أو عدلوا

فاذا وصل الى قاضى بخارى وشهد بالكتاب وختمه أخر المدعى باعادة شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد أنه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضى بما ثبتت عنده لم يبرأ كفيه وفى رواية عن أبي يوسف ان قاضى بخارى لا يقضى للمدعى بالعبد لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضى سمرقند فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد الى سمرقند حتى يقضى له بمحضرة المدعى عاينه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصفة الكتاب فى الجوارى صفته فى العبيد غير أن القاضى لا يدفع الجارية الى المدعى ولكنه يبعث بها معه على يد أمين لشلايطاها قبل القضاء بالملك زاعما أنها ملكه ولكن أبو حنيفة ومحمد رجهما الله فالأهذا استحسان فيه بعض قبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهرا ويستعمله فيا كل من غلته قبل القضاء بالملك ورعا يظهرا العبد لغيره لان الحلية والصفة تشبهان فان المختلفين قد يتفقان فى الحلى والصفات

فالاخذ بالقياس أولى (وعن محمد رجه الله انه يقبل فى جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون) وهو مذهب مالك وأحمد والشافعى فى قول

لان الخصم اذا حضره الثاني قد يكون له مطعن فيهم أو في أحدهم فلا بد من تعيينهم له ليتمكن من الطعن ان كان والافيقول سموهم لي فاني قد يكون لي فيهم مطعن ومنها قوله الى فلان قاضي كورة كذا انما يصح اذا كان القاضي واحدا فان كان لها قاضيان لا يصح ومنها قوله في المدعي يقال له فلان بن فلان يتم التعريف في قوله ما وعنده لا بد من ذكر الجذو وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته أو صناعته وان ذكر اسمه ولم يذكر اسم الاب لكن نسبه الى قبيلته أو فخذة فقال فلان التميمي أو الكوفي وما أشبه ذلك لا يكون تعريفا بالاتفاق وان كان مشهورا لا يحتاج الى هذا وقيل ولا بد أن يذكر ادعى المدعي انه غائب من هذا البلد مسيرة سفر لان بين العلماء اختلافا في المسافة التي يجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي جماعة من مشايخنا قالوا لا يجوز فيما دون مسافة القصر وبه قال الشافعي وأحمد في وجه وحكي الطحاوي عن أبي حنيفة وأصحابه انه يجوز فيما دون مسافة القصر وقال بعض المتأخرين هذا قول أبي يوسف ومحمد وبه قال مالك والذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة أنه لا يجوز كالشهادة على الشهادة ومنها ختم الشهود ليس بالزام بل هو أوثق كما قال ومنها قوله وعدلوا ظاهر في انه لا يفك الختم حتى يعدل شهود الكتاب وفيه خلاف سيذكر وان كانت دارا قال وادعى ان له دارا في بلد كذا في محلة كذا وذكروا حدوها في يدرجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام ولو ذكروا ثلاثة حدود كفي استحسننا خلافا لغيره ولو غلطوا في بعض الحدود بطل الكتاب وصورة كتاب العبد لا تبقى من مصر بعد العنوان والسلام أن يكتب شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا واقامته كذا ووسنه كذا وقيمته كذا مالك فلان المدعي وقد أتى الى الاسكندرية وهو اليوم في يد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين مسافرين الى الاسكندرية على ما فيه وعلى ختمه كما سيذكر فاذا وصل وصل وفعل القاضي ما تقدم وفتح الكتاب دفع العبد الى المدعي من غير أن يقضى له به لان الشهود الذين شهدوا بملك العبد للمدعي لم يشهدوا بحضرة العبد وياخذ كفيلا بنفس العبد من المدعي ويجعل خاتما من القاضي في كتف العبد ولا حاجة الى هذا الادفع من يتعرض له ويتمه بسرقة فاذا لم يكن لا حاجة ويكتب كتابا الى قاضي مصر ويشهدان على كتابه على ما عرف فاذا وصل الكتاب اليه فعل ما يفعل المكتوب اليه ثم يأمر المدعي أن يحضر شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد أنه ملكه فاذا شهدوا قضى له به وكتب الى قاضي الاسكندرية بما ثبت عنده ليرى كفيله وفي بعض الروايات ان قاضي مصر لا يقضى بالعبد للمدعي لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضي الاسكندرية ويذكر فيه ما جرى عنده ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه اليه ليقتضى به بحضرة المدعي عليه فيفعل ذلك ويرى الكفيل وصورته في الجوارى كما في العبد الا ان القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعي بل يعتمها على يد أمين لاحتمال انه اذا أرسلها مع المدعي يطؤها لاعتقاده انها ملكه قال في المبسوط ولكن أبو حنيفة ومحمد فلا خلاف فيه بعض القبح فانه اذا دفع العبد يستخدمه فهاو يستغله فيا كل من غلبه قبل أن يثبت ملكه فيه بالقضاء وما ينظر العبد لغيره ولا يخفى ان ضم محمد مع أبي حنيفة بناء على ظاهر الرواية عنه وكلامنا على الرواية عن محمد المختارة للفتوى الموافقة للوجه والأئمة الثلاثة واذا عرفت هذا فالزوجة المدعي باستحقاقها في بلد القاضي المكتوب اليه لا بد أن تجعل من قبيل الامة فيجوز فيها ما يجوز فيها لانه يبعد أن تجرى مجرى الديون لانها اذا قالت استأنافا لانه لا يشهد على انها زوجة المدعي المذكور ولم تقدر على بينة ان في قبيلتها من هو على اسمها ونسبها أن تدفع الى المدعي يطؤها

قال (ولا يقبل الكتاب الا شهادة رجلين الخ) لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بجمعة تامة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أما اشتراط الجمعة فلانه ملزم ولا الزام بدونها وأما قبول رجل وامرأتين فلانه حق لا يسقط بالشبهات وهو مما يطلع عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق وكان الشعبي يقول يجوز كتاب القاضي الى القاضي بغير بيعة قياسية على كتاب أهل الحرب وأجاب المصنف بقوله بخلاف كتاب الاستئمان يعني اذا جاء من ملك أهل الحرب (٤٨١) في طلب الأمان فانه مقبول بغير بيعة حتى لو

أمنه الامام صح لانه ليس بملزم فان الامام رأيا في الامان وتركه وبخلاف رسول القاضي الى المزكي وعكسه فانه يقبل بغير بيعة لان الزام على الحاكم ليس بالتركية بل هو بالشهادة ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة بالتركية صح وقوله وبخلاف رسول القاضي الى المزكي قيل قد يشير الى أن رسول القاضي الى القاضي غير معتبر أصلا في حق لزوم القضاء عليه بيعة وبغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فانه كما ينعتق بكتابه ينعتق برسوله أو اتحادهما في عدمه لان القياس يأبى جوازهما وفرق بينهما بوجهين أحدهما ورود الأثر في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقى على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب واحد من موضوع القضاء فكان كالخطاب من موضوع القضاء فيكون حجة وأما الرسول فقائم مقام المرسل والمرسل في هذا الموضوع ليس بقاض

قال (ولا يقبل الكتاب الا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين) لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بجمعة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الجمعة بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الزام بالشهادة لا بالتركية

(قوله ولا يقبل الكتاب) أي لا يقبل المكتوب اليه الكتاب (الابتهادة رجلين أو رجل وامرأتين) على أنه كتاب القاضي فلان الكتاب وانتهى وان فيه كذا وكذا ولا بد من اسلامهما فلا تقبل شهادة الذميين على كتاب قاضي المسلمين ولو كان الكتاب لذي على ذمهم يشهدون على فعل المسلم وهذا لان قبول شهادة بعضهم على بعض كان للجمعة والضرورة اذ قلنا يحضر المسلمون معاملة لهم خصوصا الانسكة والوصايا وهذا لا يتحقق في كتاب القاضي ونحوه ولم يشترط الشعبي الشهادة عليه وكذا الحسن أسندا لخصاف الى عمر بن أبي زائدة أو غيره قال حدث بكاتب من قاضي الكوفة الى اباس بن معاوية فبحث وقد عزل واستقضى الحسن فدفعته كتابي اليه فقبله ولم يسألني البيعة عليه ففتحه ثم نشره فوجدت فيه شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمسة مائة فقال لرجل يقوم على رأسه اذهب به هذا الكتاب الى زياد فقل له أرسل الى فلان فخذ منه خمسة مائة درهم فادفعها الى هذا وبه قال أبو ثور والاصطخري من الشافعية وأبو يوسف في رواية فالشرط عندهم ان يكون المكتوب اليه يعرف خط القاضي الكاتب ونحوه قياسا على كتاب الاستئمان وعلى رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي قلنا الفرق ان هذا نقل ملزم اذ يجب على القاضي المكتوب اليه ان ينظر فيه ويعمل به ولا بد للزم من الجمعة وهي البيعة بخلاف كتاب أهل الحرب فانه ليس ملزما لالامام أن يعطيهم ما طلبوه وان لا وأما الرسول فلان الترقية ليست مكرمة وانما الملزم هو البيعة وأما الفرق بين رسول القاضي وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلا أن غاية رسوله أن يكون كف نفسه وقد مر أنه لو ذكر ما في كتابه لذلك القاضي بنفسه لا يقبله وكان القياس في كتابه كذلك لأنه أجبر باجماع التابعين على خلاف القياس فاقصر عليه فان قلت فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يكتب الا الى قاض آخر غيره فالجواب يجوز أن يكون قال الى اباس القاضي بالبصرة والى كل قاض يراه من قضاء المسلمين فانه اذا كتب كذلك كان لكل قاض رفع اليه أن يعمل به بخلاف ما لو كتب من الاول الى من يبلغه كتابي هذا من قضاء المسلمين فانه لا يجوز العمل به لاحد من القضاء وأجازة أبو يوسف أيضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم **فرع** يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لانه ثبت مع الشبهات ولو كتب القاضي الى الأمير الذي ولاه أصل الله الأمير ثم قص القصة وهو معه في المضرب فجاوبه ثقة يعرفه الأمير في الفتاوى لا يقبل لان إيجاب العمل بالبيعة ولا أنه لم يذكر اسمه واسم أبيه وفي الاستحسان يجوز للأمير أن يعضيه لانه متعارف ولا يليق بالقاضي أن يأتي في كل حادثة الى الأمير ليخبره ولانه لو أرسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارة في جواز العمل به فكذا اذا أرسل كتابه ولم يجر الرسم في مثله من مصر الى مصر فشرطنا هناك شرط كتاب

(٦١ - فتح القدير خامس)

وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا

قال المصنف (ولا يقبل الكتاب) أقول أي لا يعمل به لانه لا يأخذه لخالق ماسيحي ممن قوله فاذا سلمه (قوله ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة الخ) أقول في هذا التفسير بحث فان صحة القضاء أمر والالزام أمر آخر لتحقق الاول بدون الثاني وجوابه ان صحة الحكم قبل الترقية اذا كانت بالشهادة والالزام بعدهما فيكون بها أيضا (قوله قيل قد يشير الخ) أقول في وجه الإشارة خفاء لا يخفى (قوله في حق لزوم القضاء عليه بيعة) أقول على كونه رسول القاضي

قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه الخ) شرط أبو حنيفة ومحمد رحمه الله علم ما في الكتاب وحفظه وانحتم بحضرة الشهود ولهذا يجب أن يقرأ الكتاب كتابه عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به لانهم ان لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة قال الله تعالى الامن شهد بالحق (٤٨٣) وهم يعلمون ويحتم بحضرتهم ويسلمه الى الشهود كي لا يتوهم التغيير اذا كان

بغير ختم أو بيد الخصم وهذا قولهما وقال أبو يوسف انه يدفع الكتاب الى الطالب وهو المدعى ويدفع اليهم كتابا آخر غير محتوم ليكون معهم معاونة على حفظهم فان فات شيء من الامور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما وقال أبو يوسف آخر شيء من ذلك ليس بشرط بل اذا شهدهم القاضي ان هذا كتابه وختمه فشهدوا على الكتاب وانحتم عند القاضي المكتوب اليه كان كافيا وعنه ان انحتم ليس بشرط أيضا سهل في ذلك لما تبلى بالقضاء وانما قال آخر لان قوله الاول مثل قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله واختار شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف تيسيرا على الناس

قال المصنف (ويسلمه اليهم) أقول قال في النهاية أي الى الشهود وعمل القضاة اليوم أنهم يسلمون المكتوب الى المدعى وهو قول أبي يوسف وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة وعلى

قول أبي حنيفة يسلم المكتوب الى الشهود كذا وجدت بخط شيخى انتهى ثم قال وأجمعوا في الصلح ان الشهادة لا تصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب فاحفظ هذه المسئلة فان الناس اعتادوا بخلاف ذلك اه

قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به) لانه لا شهادة بدون العلم (ثم يحتمل بحضرتهم ويسلمه اليهم) كي لا يتوهم التغيير وهذا عند أبي حنيفة ومحمد لان علم ما في الكتاب وانحتم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولا هذا يدفع اليهم كتاب آخر غير محتوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال أبو يوسف رحمه الله آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشروط أن يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعن أبي يوسف ان انحتم ليس بشرط أيضا سهل في ذلك لما تبلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف رحمه الله

القاضي الى القاضي (قوله ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم) شروع في بيان الشروط الموعود به كرها في قوله ويختص بشرائط نذكرها والحاصل ان شهدا الشهود على ما في الكتاب فلا بد حينئذ من ان يقرأ عليهم أو يعلمهم ما فيه أي باخباره لانه لا شهادة بلا علم بالشهود به كمالا لاشهدوا بان هذا الصلح مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشترط عليهم بما في كتاب القاضي قول أبي حنيفة ومحمد والشافعي وأحمد ومالك في رواية ومن أن يشهدوا ان ختمه وذلك بأن يحتمل بحضرتهم ويسلمه اليهم وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ولا بد أن يكون الكتاب معنونا أي مكتوبا فيه العنوان الذي قد منه وهو اسم الكاتب واسم المكتوب اليه ونسبهما والشروط العنوان الباطن فان لم يوجد وكان معنونا في الظاهر لا يقبله لثمة التغيير وعن هذا قيل ينبغي أن يكون معه نسخة أخرى مفتوحة ليستعينوا بها على حفظ ما في الكتاب فانه لا بد من التذكير من وقت الشهادة الى وقت الاداء عندهما (وقال أبو يوسف رحمه الله آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشروط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه) بعدما كان أو لا يقول كقول أبي حنيفة (وعن أبي يوسف أيضا ان انحتم ليس بشرط أيضا رخص في ذلك لما تبلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسي) ولا شك عندى في صحة فان الفرض اذا كان عند الشهود وهم حلة الكتاب فلا يضره كونه غير محتوم مع شهادتهم انه كتابه نعم اذا كان الكتاب مع المدعى ينبغي أن يشترط انحتم لاحتمال التغيير الا أن يشهدوا بما فيه حفظا فالوجه ان كان الكتاب مع الشهود ان لا تشترط معرفتهم لما فيه ولا انحتم بل تكفى شهادتهم انه كتابه مع عدالتهم وان كان مع المدعى اشترط حفظهم لما فيه فقط ومن الشروط أن يكتب فيه التاريخ فلو لم يكتب لا يقبل وذلك لينظر هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت أو لا وكذا ان شهدوا على أصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لا تقبل وفي خزائن الفقه يجوز كتاب القاضي الى القاضي في المصرين ومن قاضى مصر الى قاضى رستاق ولا يجوز من قاضى رستاق الى قاضى مصر انتهى والذي ينبغي أن بعد عدالة شهادة شهود الاصل والكتاب لا فرق ولو كان العنوان من فلان الى فلان أو من أبي فلان الى أبي فلان لا يقبل لان مجرد الاسم أو الكنية لا يعرف به الا أن تكون الكنية مشهورة مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى وكذلك النسبة الى أبيه فقط مثل عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وقيل تقبل الكنية المشهورة كآبي حنيفة على رواية أبي سليمان ولا تجوز في سائر الروايات لان الناس يشتركون في الكنى غير أن بعضهم يشتهر بها فلا يعلم المكتوب اليه أن المكتوب هو الذي اشتهر بها أو غيره بخلاف ما لو كتب الى قاضى بلدة كذا فانه في الغالب يكون واحدا فيحصل التعريف بالاضافة الى محل الولاية ولم يشترط أبو يوسف

العنوان

القول أبي حنيفة يسلم المكتوب الى الشهود كذا وجدت بخط شيخى انتهى ثم قال وأجمعوا في الصلح ان الشهادة لا تصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب فاحفظ هذه المسئلة فان الناس اعتادوا بخلاف ذلك اه

قال (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم الخ) لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه فاذا وصل الكتاب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة أداء الشهادة وذلك لا يكون الا بحضرة الخصم فكذلك هذا بخلاف سماع القاضي الكاتب فانه جاز بغية الخصم لان سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزا وان كان بغية وقيل في شرح الاقطع وقال أبو يوسف يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له أن يقبله والحكم بعد ذلك يقع بماعلمه من الكتاب فاعتبر بحضور الخصم عند الحكم به قال (فاذا سلمه الشهود الى الخ) اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وقال أبو يوسف اذا شهدوا أنه كتاب فلان وختمه قبله وفحه لما مر انه لم يشترط شيئا من ذلك ولم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فاذا شهدوا واعدلوا قال المصنف والصحيح أنه يفيض الكتاب أي يفحه بعد العدالة كذا ذكره الخصاص لانه اذا لم تظهر العدالة ربما احتاج (٤٨٣) المدعى الى أن يزيد في شهوده

واغنايكمهم أداء الشهادة بعد قيام الختم يشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي وختمه فأما اذا فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك وهذا يرى أنه دور ظاهر فان المدعى انما يحتاج الى زيادة الشهود اذا كانت العدالة شرطوا لم تظهر فأما اذا لم تكن شرطاً فكما أداوا الشهادة جاز فضاء فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب أنا لان سلم أنه لا يحتاج الى زيادة شهود بعد الفتح بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن وقد استدل على ذلك بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به ما لم تظهر عدالة الشهود

قال (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم) لانه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال (فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وقال أبو يوسف رجه الله اذا شهدوا انه كتابه وختمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفيض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاص رجه الله لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود واغنايكمهم أداء الشهادة بعد قيام الختم العنوان أيضا بل اذا لم يكن معنوا وكان محتوما وشهدوا بالختم كفي (قوله) واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم وفي بعض النسخ لم يفتك الا بحضرة الخصم كما ذكرنا في ما تقدم والمراد انه لا يقرؤه الا بحضوره لا مجرد قبوله فانه لا يتعلق به حكم وترتيب الحال انه اذا وصل المدعى الى القاضي جمع بينه وبين خصمه فان اعترف استغنى عن الكتاب وان أنكر قال له هل لك حجة فان قال معي كتاب القاضي اليك طاب له بالجنة عليه فاذا حضروا أحضر خصمه ان لم يكن حاضر افيشهدون بحضرة انه كتاب القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا فحينئذ افسكه وقرأه عليه واغنايكمهم بقرائه الا بحضوره (لانه) أي الكتاب في المعنى (بمنزلة الشهادة) على الشهادة لان القاضي يتقبل ألقاظ الشهود بكتابة الى المكتوب اليه كان شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الاصل بعبارة (بخلاف القاضي الكاتب) فانه يسمع من الاصول الشهادة وان كان الخصم المدعى عليه غائبا (لان سماعه ليس للحكم بل للنقل) فكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع لشهادة الاصل وفي التحمل لا يشترط حضور الخصم كذا هذا وهذا كله قول أبي حنيفة ومحمد وقد علمت أن قول أبي يوسف الاكتفاء بشهادة انه كتابه وختمه (ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة) في شهود الكتاب (للفتح) حيث قال فاذا شهدوا الخ فتحه ولم يقل فاذا شهدوا واعدلوا قال المصنف (والصحيح انه يفيض الكتاب بعد ثبوت العدالة ذكره الخصاص) واحترزه عماد كوفي المغني فانه قال فيه وذكر الخصاص لا يفتح قبل ظهور العدالة ثم قال ما ذكر محمد أصح أي تجوز الفتح قبل

على الكتاب وفيه نظر لان فك الخاتم عمل بالكتاب لا به ولعل الاصح ما قاله محمد رجه الله من تجوز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كذا نقله الصدر الشهيد في المغني والمكتوب اليه

قال المصنف (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم) أقول وفي المحيط ولوقبل الكتاب من غير حضرة خصمه جاز ولو سمع البينة على ان هذا كتاب القاضي من غير حضرة الخصم لا يجوز فحضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب اه وفيه أيضا الاولى أن يكون الفتح بحضرة الخصم وان فتح بغير محضر منه جاز اه (قوله) لما فرغ الى قوله بجانب المكتوب اليه أقول وأنت خبير ان قوله ولا يقبل الكتاب الا من الاحكام المتعلقة بالمكتوب اليه وجوابه ان قوله لا يقبل على بناء المفعول والمقبولية وعدمها من أحكام الكاتب (قوله) فأما اذا لم يكن شرطاً أقول كما هو مذهب أبي حنيفة على ما سيجي في الشهادة (قوله) وقد استدل على ذلك أقول قوله وقد استدل أي بوجه آخر وقوله على ذلك أي على اشتراط العدالة (قوله) بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب الخ) أقول لا يخفى عليك عدم تكرار الحد الاوسط فان الباء في الصغرى للابسة وفي الكبرى للسبية وأيضا للفتائل بعدم الاشتراط منع الكبرى فليتأمل (قوله وفيه نظر الخ) أقول فيه تأمل

انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو خرج عن أهلية القضاء بمجنون أو انما أو فسق اذا تولى وهو عدل ثم فسق على ما مر من قول بعض المشايخ قبل وصول الكتاب أو بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب وقال أبو يوسف في الامالى يعمل به وهو قول الشافعي رحمه الله لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه يكتبه بنقل شهادة الذين شهدوا وعنده بالحق الى المكتوب اليه والنقل (٤٨٤) قد تم بالكتاب فكان بمنزلة شهود الفروع اذا ما تولى بعد أداء الشهادة قبل

وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلاً للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه الحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضياً آخر في غير عملها وفي غير عملها وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضى ببلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعاله وهو معروف

ظهورها بعد الشهادة بأنه كتابه ووجهه المصنف بما ذكره الخصاص من انه ربما يحتاج الى زيادة الشهود بأن ارتاب في هؤلاء فيقول زنى شهودا ولا يمكن أداء الشهادة من المزيدين الاحال قيام الختم في فرع لو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي الى قاضى ببلدة فهرب الى بلدة أخرى كان للقاضي المكتوب اليه أن يكتب الى قاضى تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضي فكما يجوز الاول الكتابة فنجوز الثاني والثالث وهلم جرا للحاجة ولو كتب فلم يخرج من يده حتى رجوع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود الكتاب بل يعيد المدعى شهادتهم لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولا به القضاء وانما يستفيد به لو كان الخصم حاضراً وقت شهادتهم (وانما يقبله المكتوب اليه) هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به وهو أن يكون القاضي الكاتب على قضائه الى أن يمضي أمر الكتاب فلو أنه مات أو عزل قبل أن يصل الى المكتوب اليه أو خرج عن أهلية القضاء بمجنون أو فسق قالوا أو فسق وانما يخرج على القول بالعزل بالفسق بطل الكتاب وقال أبو يوسف والشافعي يعمل به وبه قال أحمد لان كتاب القاضي الى القاضي كالشهادة على الشهادة لانه ينقل به شهادة الذين شهدوا وعنده الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فكان كشهود الفرع اذا ما تولى بعد أداء الشهادة قبل القضاء أو مات الاصل بعد أداء الفرع فانه لا يمنع القضاء وحاصل الجواب في النسخة منع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل ويقرأه لان هذا النقل بمنزلة القضاء ولهذا لا يصح الا من القاضي فلا يتم الا بوجوب القضاء ولا يجب الابقراته وبهذا تبين أن العبارة الجيدة أن يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله لان وصوله قبل ثبوته عند المكتوب اليه وقراته لا يوجب عليه شيئاً فقول المصنف (الحق بواحد من الرعايا) يعنى قبل تمام القضاء (ولهذا لا يقبل اخباره قاضياً آخر) غير المكتوب اليه (في غير عمله أو غير علمهما) ولو كان على قضائه لانه بالنسبة الى العمل الاخر كواحد من الرعايا غير أن الكتاب خص من ذلك بالاجماع ولو مات بعد وصول الكتاب وقراته عمل به المكتوب اليه هكذا ذكر في ظاهر الرواية (وكذا لو مات المكتوب اليه) أو عزل وولى غيره لا يعمل الذي قام مقامه عندنا (الا اذا) كان (كتب الى فلان قاضى ببلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعاله) وقد قدمنا ما هنا وقال الشافعي وأحمد يعمل به لان المعول عليه شهادة الشهود على ما تحمله ومن يحمل وشهد وجب على كل قاض الحكم بشهادته وصار كالوكتب والى كل قاض وصل اليه وأجيب بأن الكاتب لما خص الاول بالكتابة فقد اعتمد عدالته وأمانته والقضاة متفاوتون في أداء الامانة فصح التعيين بخلاف ما اذا أردفه بقوله والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان هناك اعتمد على علم الكل وأمانتهم فكان الكل مكتوب اليهم معينين أما لو كتب ابتداء الى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقد منأ أنه

القضاء وانه لا يمنع القضاء ولنا القول بالوجوب وهو ان الكاتب وان كان ناقلاً الا أن هذا النقل له حكم القضاء بدليل أنه لا يصح الا من القاضي ولم يشترط فيه العدد ولفظة الشهادة ووجب على الكاتب هذا النقل لسماع البيينة وما وجب على القاضي بسماع البيينة قضاء لكنه غير تام لان تمامه بوجود القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله اليه وقبل قراته عليه فبطل كما في سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل اتمامها واستدل المصنف بقوله لانه الحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخبار قاض آخر في غير عمله أو في غير علمهما وهذا ظاهر فيما اذا عزل أما في الموت أو في الخروج عن الاهلية فليس بظاهر لان الميت والمجنون لا يلتحقان بواحد من الرعايا ويمكن أن يقال يعلم ذلك بالاولى وذلك لانه اذا كان حياً وعلى أهلية القضاء لم يبق كلامه حجة فلان لا يبقى بعد الموت أو الخروج عن الاهلية أو كذا لو مات المكتوب اليه بطل كتابه

وقال الشافعي يعمل به من كان قائماً مقامه في القضاء كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا أن اجازة القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وأمانته والقضاة متفاوتون في أداء الامانة فصاروا كالأمانة في الاموال وهناك قد لا يعتمد على كل أحد فكذا هنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان قاضى ببلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه أتى بما هو شرط وهو أن يكون من معلوم الى معلوم ثم صير غيره تبعاله

بمخلاف ما اذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلدة كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح عند أبي حنيفة وقبل الظاهر أن محمدا معه لانه من معلوم الى مجهول والعلم فيه شرط كما هو وهو رد لقول أبي يوسف في جواز فانه حين ابتلى بالقضاء وسع كثيرا تسهيلات الامر على الناس (ولومات الخصم بنفذ الكتاب على ورثته لقيامهم بمقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده (ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص) وقال الشافعي في قول (٤٨٥) يقبل لان الاعتماد على الشهود (ولنا أن فيه شبهة البدلية

فصار كالشهادة على الشهادة) وهي غير مقبولة فيهما (ولان مبناها على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

فصل آخر (ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص) اعتبارا بشهادتها

أجازة أبو يوسف وهو مذهب الشافعي وأحمد ومنعه أبو حنيفة والظاهر أن محمدا مع أبي حنيفة والوجه قول أبي يوسف لان اعلام المكتوب اليه وان كان شرطا فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الأجل والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء (ولومات الخصم بنفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده ولا خلاف فيه (قوله ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص) وهو قول للشافعي وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك وأحمد لان الاعتماد على الشهود وقدره شاهدنا (لان فيه) أي في كتاب القاضي (شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) لا يقيمها الحد لان مبنى الحدود والقصاص على الاسقاط بالشبهات (وفي قبول الكتاب سعي) واحتياط (في اثباتهما) وعرف من تقريرنا أن المعنى على عدم الواو في قوله ولان مبناها الخ والله أعلم وأعلم أن ذكر بما تطلع على فروع كثيرة في الكتب فيها تصرح بمنع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيره في رجل وامرأة ادعيا ولدا وقال هو معروف النسب منها هو في يد فلان استترقه في بلدة كذا وطلب الكتاب لا يكتب في قول أبي حنيفة ومحمد وان ادعيا النسب ولم يذكر الاسترقاق يكتب بالاتفاق لانه دعوى النسب مجردا فكان كدعوى الدين بخلاف المسئلة الاولى لانه يريد دفع الرق فهو كدعوى انه عبدي (فرع) هل يكتب القاضي بعلمه في الخلاصة هو كلقضاء بعلمه والتفاوت هناك القاضي يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالاجماع كذا قال بعضهم ولو أقام شاهدا واحدا عند القاضي وسأل أن يكتب بذلك كتابا الى قاض آخر فعل فانه قد يكون له شاهد في محل المكتوب اليه ويكتب في الدين الموجب وبين الاجل ليطالبه اذا حل هناك ولو قال استوفى غريمي دينه أو أبرأني منه وأقام عليه بينة وأنا أريد أن أقدم البلدة التي هو فيها وأخاف أن يأخذني به فعند محمد يكتب وعند أبي يوسف لا يكتب وأجمعوا أنه لو قال بحمدني الاستيفاء أو الأبراء مرة يكتب وكذا اذا ادعى أن الشفيع الغائب سلم الشفعة وأقام بينة وطلب أن يكتب له هل يكتب هو على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد وكذا امرأة ادعت الطلاق على زوجها الغائب وأشهدت وطلبت الكتاب هو على الخلاف أيضا ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت عدتي وتزوجت بأخر وأخاف أن ينكر الطلاق فأحضرته وقالت للقاضي سلمه حتى اذا أنكر أمت عليه البينة فالقاضي يسأله بلا خلاف والقياس في الكل سواء وهذا احتياط

فصل آخر (قوله ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص) وقال الأئمة الثلاثة لا يجوز لان المرأة ناقصة العقل ليست أهلا للقصومة مع الرجال في محافل الخصوم قال صلى الله عليه وسلم

(الخ) قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها

قال المصنف (بمخلاف ما اذا كتب ابتداء الخ) أقول قال ابن الهمام في شرح قوله ولا يقبل الكتاب الخ وأجازة أبو يوسف أيضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم أه

فصل آخر (قوله والاوّل أن يجعل هذا فصلا آخر الى قوله وهذا فصل آخر) أقول نعم هذا فصل آخر في أدب القاضي لكن الفصل بين الفصلين بباب كتاب القاضي الى القاضي بدون أن يورده عقيب الفصل الاول يحتاج الى سبب وذلك ما قاله صاحب النهاية

وقدم الوجه أى فى أول أدب القاضى أن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لأن كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان من أهل الشهادة يكون أهلا للقضاء وهى أهل للشهادة فى غير الحدود والقصاص فهى أهل للقضاء فى غيرهما وقيل أراد به ما مر قبل بخطوط من قوله لأن فيه شبهة البدلية فإنه يدل على أن ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيه ما وشهادتها كذلك كما سيجى وقضاؤها مستفاد من شهادتها (وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء) (٤٨٦) بعدد غيره (الأن يفوض اليه ذلك لأنه قد قلد القضاء دون التقليد به) أى

وقدم الوجه (وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء الآن يفوض اليه ذلك) لأنه قد قلد القضاء دون التقليد به فصار كوكيل الوكيل بخلاف الأمور بأقامة الجمعية حيث يستخلف لأنه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به إذا بالاختلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثانى بمحض من الأول أو قضى الثانى فأجاز الأول جاز كفى الوكالة

لن يفعل قوم ولو أمرهم أمرأه رواه البخارى قال المصنف (وقدم الوجه) يعنى وجه جواز قضائها وهو أن القضاء من باب الولاية كالشهادة والمرأة من أهل الشهادة فتكون من أهل الولاية وقيل هو قوله قبل لأن فيه شبهة البدلية ولا يخفى أن هذا النحى يخص وجه استثناء الحدود والقصاص والاحسن أن يجعل كلامهما والمصنف لم ينصب الخلاف ليجتاز إلى الجواب عن الدليل المذكور والجواب أن ما ذكر غاية ما يفيد منع أن تستقضى وعدم حمله والكلام فيما لو وليت وأتم المقلد بذلك أو حكمها خصمان فقضت قضاء موافقا للدين الله أكان ينفذ أم لا لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله الآن ثبت شرعاً سلب أهليتها وليس فى الشرع سوى نقصان عقلها ومعه يوم أنه لم يصل إلى حد سلب ولايتها بالكسبة ألا ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة فى الأوقاف ووصية على السامى وذلك النقصان بالنسبة والاضافة ثم هو منسوب إلى الجنس فجاز فى الفرد خلافه ألا ترى إلى نصريحهم بصدق قولنا الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خيراً من بعض أفراد الرجال ولذلك النقص الغريزى نسب صلى الله عليه وسلم لمن يوايهن عدم الفلاح فكان الحديث متعزاً للمولين ولهن بنقص الحال وهذا حق لكن الكلام فيما لو وليت فقضت بالحق لماذا يبطل ذلك الحق (قوله وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء) فى صحة ولا مرض (الأن يفوض ذلك إليه) فيملكه كآله إذا صرح فيه بالمنع بمنع منه وهذا (لأنه قد قلد القضاء دون التقليد به فصار كوكيل) ليس له أن يوكل (بخلاف الأمور بأقامة الجمعية حيث) جاز له أن (يستخلف) لأنه لتوقته بحيث لو عرض فى وقته ما يمنعه كان لا إلى خلف ومعلوم أن الإنسان غرض للأعراض فكان المولى له أن ينفذ فى استخلافه دالة بشرط أن يكون المستخلف سمع الخطبة أما إذا لم يكن سمعها فلا لأنها من شرائط افتتاح الجمعية بخلاف ما لو سمعها لم يشهد الخطبة حيث يجوز لأن الأمور هناك بان وليس بمفتق والخطبة شرط للافتتاح وقد وجد فى حق الأصل ولذا لو أفسدها هذا الخليفة واستفتح بجوز وان لم يشهد الخطبة لأن شروعه فيها صحيح وبهذا الشرع التحق بمن شهد الخطبة حكماً وبخلاف المستعير فإن له أن يعبر بشرطه لأنه يملك المنافع لنفسه فكان له تعليمها بخلاف ولاية القضاء فانما هى اذن فى أن يعمل لغيره وهذا ما قالوا من قام مقام غيره لا يكون له إقامة غيره مقام نفسه ومن قام مقام غيره لنفسه كان له وبخلاف الوصى يملك الإيصاء والتوكيل بطريق الدلالة أيضاً لان ثبوتها بعد الموت وربما يحجز الوصى عن المباشرة بنفسه والموصى قدماء فلا يمكن رجعه إلى رأيه فتضمن الإيصاء الاذن بالاستخلاف وقوله (ولو قضى الثانى بمحض من الأول أو قضى) (بغيبته فبلغه) (فأجاز جاز كفى الوكالة) إذا وكل الوكيل لغيره فتصرف بمحضه

بالقضاء (فصار كوكيل) لا يجوز له التوكيل إلا إذا فوض اليه ذلك (بخلاف الأمور بأقامة الجمعية حيث) يجوز له أن (يستخلف لأن) أداء الجمعية على شرف الفوات لتوقته (بوقت يفوت الاداء بانقضائه) فكان الامر به من الخليفة إذا ناله بالاستخلاف دلالة) لكن انما يجوز إذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لأنها من شرائط افتتاح الجمعية فلا يفتح الأول الصلاة ثم سبقه الحديث فاستخلف من لم يشهد لها جاز لأن المستخلف بان لا مفتق وعرض عن أفسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعية فانه جائز وهو مفتق فى هذه الحالة لم يشهد الخطبة وأجيب بأنه لما صح شروعه فى الجمعية وصار خليفة للأول التحق بمن شهد الخطبة وأرى ان الحاقه بالبانى لتقديم شروعه فى تلك الصلاة أولى قتأمل (قوله ولا كذلك القضاء) أى ليس القضاء كالجمعية لأنه غير موقت بوقت يفوت بالتأخير عند العذر فى اذن بالجمعية مع علمه أنه قد يعرض له عارض يمنعه من أدائها فى الوقت فقد رضى بالاستخلاف

بخلاف القضاء (قلو) فرضنا أنه استخلف (وقضى الثانى بمحض من الأول أو قضى الثانى) عند غيبة الأول (فأجاز الأول أو جاز) إذا كان من أهل القضاء (كفى الوكالة) فإن الوكيل إذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بمحض الأول أو أجاز الأول جاز

(قوله وقيل أراد به الخ) أقول القائل صاحب النهاية وفيه تأمل قال المصنف (بخلاف الأمور بأقامة الجمعية) أقول قال فى الكافى مطلقاً اه أى مطلقاً عن الاذن بالاستخلاف

فمكون توقع الفساد في
القضاء أكثر قال (وإذا
رفع إلى القاضي حكم ما حكم
أمضاه الخ) إذا تقدمه رجل
إلى قاض وقال حكم علي
فلان القاضي بكذا أو كذا
نفذه إن لم يكن مخالفا
للكتاب كالحكم بحمل
متروك التسمية عدا فانه
مخالف لقوله تعالى ولا
تأكلوا مما لم يذكر اسم الله
عليه أو السنة أي المشهورة
كالحكم بحمل المطلقة ثلاثا
للزواج الأول بمجرد النكاح

أوبغيته فأجازه نفذ (لانه حضر رأي الاول وهو الشرط) فانه المقصود بتوكيده وتحقيق حاله
أنه فضولى ابتداء وكيل انتهوا ولا يمتنع اذ قد يجوز في الانتهاء والبقاء ما لا يجوز في الابتداء خصوصا وقد
فرض زوال المانع من الصحة في الابتداء وهو كونه ليس مما حضر رأيه (واذا فوض اليه)
الاستخلاف (عليه كفيصير الثاني فاتباع الاصيل) يعنى السلطان (حتى لا يملك الاول عزله) الا اذا
كان المقلد قال له ول من شئت واستبدل من شئت فحينئذ يملك عزله أو قال جعلته قاضي القضاة فان
قاضي القضاة هو الذى يتصرف فيهم مطلقاتا تقليدا وعزلا وفيه خلاف الشافعى وأحمد (قوله واذا رفع
الى القاضى حكمه حكم أمضاه الآن يخالف الكتاب أو السنة) (المشهوره) أو الاجماع بأن يكون قولاً
لادليل عليه) وفي بعض نسخ القدورى أو يكون قولاً الخ (وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء
فقهضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه) قالوا نعم أعاده لان فى عبارة الجامع فائدتين

بدون اصابة الزوج الثاني فان اشتراط الدخول ثابت بمحدث العسيلة وقد ذكرنا هاهنا في التقرير على ما ينبغي أو الاجماع بالحكم ببطالان قضاء القاضي في المجهت فيه أو يكون قولاً لا لدليل عليه قيل كما اذا مضى على الدين سنون فيحكم بسقوط الدين عن عليه لتأخير المطالبة فانه لا دليل شرعي يدل على ذلك وفي بعض النسخ بأن يكون وهو تعليل للاسئناء فكأنه يقول عدم تنفيذها اذا كان مخالفاً للادلة المذكورة بسبب أن يكون قولاً بلا دليل وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاء وفيه فائدتان احدهما أنه قيد بالفقهاء اشارة الى أن القاضي اذا لم يعلم بوضع الاجتهاد فانفق قضاؤه بوضع الاجتهاد لا ينفذه المرفوع اليه على قول العامة كذا في الذخيرة

(قوله وان الحكم الذي الخ) أقول التعويل على الجواب الثاني (قوله فيكون الموصى له راضيا) أقول كي لا نفوت مصالحه (قوله وقيل القاضي يترك الخ) أقول المذكور في الفتاوى ان القاضي لا يملك نصب الوصى اذ لم يكن ذلك مكتوبا في منشوره فلا يحتاج الى الفرق (قوله والتعليل المذكور الخ) أقول بمعنى قوله لأنه قلد القضاء دون التقليد (قوله وهو تعليل للاستثناء) أقول فيه بحث بل هو احتراز عن الاحكام المخالفة للحكايب أو السنة أو الاجماع لكنهما مستندة الى دليل قوي من تلك الثلاثة ايضا فال في الكافي بأن يكون قولاً لا دليل عليه أي لا دليل يعتمد عليه اه فتأمل (قوله اذ لم يعلم الخ) أقول أنت خير بأنه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف انما مفاده ان ما اختلف الفقهاء فيه في نفس الامر ففرض القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالما بأنه مختلف فيه أو لافاته أهم من كونه عالما من رعا يفيد كون الثاني عالما بالخلاف وليس الكلام فيه بل في القاضي الاول فتأمل

والثانية أنه قيد بقوله يرى
غير ذلك إشارة إلى أن الحكم
إذا لم يكن مخالفاً للدلالة
المذكورة ينفذ سواء كان
موافقاً لرأيه أو مخالفاً
فانه إذا نفذ وهو مخالف
لرأيه فمما يوافقه أولى
ورواية القدوري ساكنة
عن الفائدتين جميعاً

(قوله ورواية القدوري
الخ) أقول عبارة القدوري
أعم تتناول ما إذا كان
موافقاً لرأيه أو مخالفاً
وليس في عبارة الجامع إلا
التنصيص على ما إذا كان
مخالفاً ويعلم حال الموافقة
بالاولوية كما ذكره الا انه
لا يثبت بهذا القدر اولوية
عبارة الجامع من عبارة
القدوري فتدبر

ليست في القدوري احداً ما تقيده بالفقهاء أفاد أنه لو لم يكن عالماً بالخلاف لا ينفذ قال شمس الأئمة وهو
ظاهر المذهب وعليه الاكثر والثانية التقييد بكون القاضي يرى غير ذلك فان القدوري لم يتعرض لهذا
فيحتمل أن يكون مراده انه اذا كان رأيه في ذلك موافقاً للحكم الاول أمضاء وان كان مخالفاً لا يعضيه
فأبانت رواية الجامع أن الامضاء عام فيما سوى المستثنيات سواء كان ذلك مخالفاً لرأيه أو موافقاً يعني
بالطريق الاولى ولا يخفى أنه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالماً بالخلاف وانما مفاده ان ما اختلف فيه
الفقهاء في نفس الامر فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالماً بأنه مختلف فيه أو غير عالم فانه أعم
من كونه عالماً بما جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذي حكم به هذا أمضاء فربما يفيد أن الثاني عالم
بالخلاف وليس الكلام فيه فان هذا هو المنفذ والكلام في القاضي الاول الذي ينفذ هذا الاخر حكمه
وليس فيه دليل على انه كان عالماً بالخلاف بطريق من طرق الدلالة نعم في الجامع التنصيص على أنه ينفذ
وان كان خلاف رأيه وكلام القدوري يفيد أنه يضاف أنه قال اذا رفع اليه حكم ما حكم أمضاء وهو أعم
ينتظم ما اذا كان موافقاً لرأيه أو مخالفاً وانما في الجامع النصوصية عليه اذا كان مخالفاً وقوله الآن
يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ومنه يعلم كون المحل مجتهد فيه حتى تجوز مخالفته أولاً
فشرط حل الاجتهاد أن لا يكون مخالفاً للكتاب أو السنة يعني المشهورة مثل البيضة على المدعي
واليمين على من أنكر فلو قضى بشاهدين لا ينفذ ويتوقف على امضاء قاض آخر ذكره
في أفضية الجامع وفي بعض المواضع ينفذ مطلقاً ثم يراد بالكتاب المجمع على مراده أو ما يكون مسدولاً
لفظه ولم يثبت نسخه ولا تأويله بدليل يجمع عليه فالاول مثل حرمت عليكم أمهاتكم الآية لقضى قاض
بحل أم امرأته كان باطلاً لا ينفذ والثاني مثل ولانا كلوا مما لا بد كرام الله عليه ولا ينفذ الحكم بحل
متروك التسمية عدا وهذا لا يضبط فان النص قد يكون مؤولاً فيخرج عن ظاهره فاذا منعناه بحجاب
بأنه مؤول بالذبح للانصاب أيام الجاهلية فيقع الخلاف في أنه مؤول أو ليس بمؤول فلا يكون حكم أحد
المتناظرين بأنه غير مؤول قاضياً على غيره منع الاجتهاد فيه نعم قد يترجح أحد القولين على الآخر بنسبة
دليل التأويل فيقع الاجتهاد في بعض أقراده هذا القسم انه مما يسوغ فيه الاجتهاد أولاً ولذا منع نحن
نفاذ القضاء في بعض الاشياء ويجوزونه بالعكس ولقد نقل الخلاف في المحل عندنا أيضاً وان كان كثيراً
يحكموا بالخلاف فسني الخلاصة في رابع جنس من الفصل الرابع من أدب القاضي قال وأما القضاء
بحل متروك التسمية عدا فجاز عندنا وعند أبي يوسف لا يجوز انتهى وأما عدم تسوية الاجتهاد بكونه
مخالف للاجماع وسواء كان ذلك على الحكم أو على تأويل السمي أو بنقل عدم تسوية فقهاء العصر
اجتهاده وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضي الله عنهما في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه
فلوقضى به قاض لا ينفذ حتى روى انه رجع عنه وهذا هو مراد المصنف بقوله وفيما اجمع عليه الجمهور
لا يعتبر مخالفة البعض ولا يعني انه لا يعتبر في انعقاد الاجماع بل لا يعتبر في جواز الاجتهاد ولم يرد
بالبعض مادون النصف أو مادون الكل بل الواحد والاثني والالم يعتبر قضاء في محل مجتهد فيه أصلاً
اذما من محل اجتهاد الا واحد الفريقين أقل من الفريق الاخر اذا لا يضبط تساوي الفريقين ولذا لم يمثله
قط الا بخلاف ابن عباس وشعوه وهو خلاف رجل واحد فالمراد اذا اتفق أهل الاجماع على حكم
مخالفتهم واحد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء بقوله ذلك الواحد في مقابلة قول الباقيين
ثم هذا أعم من كونهم سوغوا اجتهاده ذلك أولاً والذي صححه شمس الأئمة واختاره أن الواحد المخالف
ان سوغوا له اجتهاده لا يثبت حكم الاجماع وان لم يسوغوا الا يصير المحل مجتهداً فيه قال واليه أشار
أبو بكر الرازي لأن ذلك كما قال المصنف خلاف لا اختلاف ثم قال المصنف المتعبر الاختلاف في الصدر
الاول يعني أن يكون المحل محل اجتهاد يحقق الخلاف فيه بين الصحابة وقد يحتمل بعض العبارات ضم

التابعين وعليه فرع الخصاف ان القاضي أن يتقضى القضاء يبيع أم الولد لانه مخالف لاجماع التابعين وقد حكى في هذا الخلاف عندنا فقبل هذا قول محمد أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف في يجوز قضاؤه ولا يفسخ وفي النوازل عن أبي يوسف لا ينفذ القضاء فيه فاختلفت الرواية عن أبي يوسف وقال شمس الأئمة السر حسي هذه المسئلة تنبني على أن الاجماع التأخير رفع الخلاف المتقدم عند محمد وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يرفع يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعهن فعن علي الجواز وعمر وغيره على منعه ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان قضاء القاضي به على خلاف لاجماع عند محمد فيبطله الثاني وعندهم ما لم يرفع اختلاف الصحابة وقع في محل الاجتهاد فلا يتقضى الثاني ولكن قال القاضي أبو زيد في التتويج ان محمد اوردى عنهم جميعا أن القضاء يبيع أم الولد لا يجوز فقد علمت ما هنا من تشعب الاختلاف في الرواية وبناء على اشتراط كون الخلاف في الصدر الاول في كون المحل اجتهاديا قال بعضهم ان للقاضي أن يبطل ما قضى به القاضي المالكى والشافعى برأيه يعني انما يلزم اذا كان قول مالك أو الشافعى وافق قول بعض الصحابة أو التابعين المختلفين فلا يتقضى باعتباره أنه مختلف بين الصدر الاول لا باعتبار أنه قول مالك والشافعى فلو لم يكن فيما قول الصدر الاول بل الخلاف مقتضب فيها بين الامامين للقاضي أن يبطله اذا خالف رأيه وعندى أن هذا لا يقول عليه فان صح ان مالكاً وأبا حنيفة والشافعى مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهاديا والافلا ولا شك أنهم أهل اجتهاد ورفعة ولقد نرى في أثناء المسائل جعل المسئلة اجتهادية بخلاف بين المشايخ حتى ينفذ القضاء بأحد القولين فكيف لا يكون كذلك اذ لم يعرف الخلاف الا بين هؤلاء الأئمة يؤيده ما في النخبة عن الحلواني أن الاب اذا خلع الصغيرة على صداقها وورآه خير الهابان كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فان على قول مالك يصح ويزول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج عنه فاذا قضى به قاض نفذ وفي حيض متهاج الشريعة عن مالك فمن طلقها فاقضى عليها ستة أشهر لم ترد ما فاتها عند بعده بثلاثة أشهر فاذا قضى بذلك قاض ينبغي أن ينفذ لانه محتمد فيه الا أنه نقل مثله عن ابن عمر قال وهذه المسئلة يجب حفظها لانها كثيرة الوقوع ثم ذكر في المنتقى أن العبرة بكون المحل محتمد فيه اشتباه الدليل لاحقيقة الخلاف قال ألا ترى أن القاضي اذا قضى بإبطال طلاق المكره نفذ لانه محتمد فيه لانه موضع اشتباه الدليل اذا اعتبار الطلاق بسائر تصرفاته يتقضى حكمه وكذا الوقضى في حد وأوقاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف ذلك ينفذه وليس طريق القضاء الاول كونه في مختلف فيه وانما طريقه ان القضاء الاول حصل في موضع اشتباه الدليل لان المرأة من أهل الشهادة اذ ظاهر قوله تعالى فرجل وامرأتان يدل على جواز شهادتهما مع الرجال مطلقا وان وردت في المدانة لان العبرة لعوم اللفظ ولم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النساء في هذه الصورة ولو قضى بجواز نكاح بلا شهود نفذ لان المسئلة مختلف فيها قال عثمان والبي يشرطان الاعلان للشهود وقد اعتبر خلافهما لان الموضوع موضع اشتباه الدليل اذا اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضى أن لا تشترط الشهادة انتهى ولا يخفى انه اذا كانت معارضة المعنى للدليل السمعى النص توجب اشتباه الدليل فيصير المحل محتمل اجتهاد ينفذ القضاء فيه فكل خلاف بين الشافعى ومالك أو بيننا وبينهم أو أحدهم محل اشتباه الدليل حينئذ اذ لا يخلو عن مثل ذلك فلا يجوز نقضه من غير توقف على كونه بين الصدر الاول ولا بأس بذلك موضع نص فيها أهل المذهب بعينها اذا قضى القاضي بالقصاص بحلف المدعى أن فلا تفتأ له وهناك لوث من عداوة ظاهرة كقول مالك لا ينفذ لمخالفة السنة المشهورة البينة على المدعى واليمين على من أنكر مع أن معه ظاهرة في حديث محبسة وحويصة نذكره في القسامة ان شاء الله تعالى رب العالمين ولو قضى بجل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد الثاني بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينفذ ذلك أيضا وهو

(والاصل) في تنفيذ القاضي ما رفع اليه اذ لم يكن مخالفا للادلة المذكورة (ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرد غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول) في ان كلا منهما يحتمل الخطأ (وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه) درجة وهو ما لم يتصل القضاء به ولقائل أن يقول القضاء (٤٩٠) في المجتهد فيه متفرع على رأى المجتهد فكيف يصلح الفرع مرجحا لاصله

ويمكن أن يجاب عنه بأن القصر لا يصلح مرجحا لاصله من حيث هو منه أو مطلقا والثاني ممنوع فانه يجوز أن يكون مرجحا لاصله من حيث بقاء الاصل عند وجود ما رفعه من أصل بالفرع اذا شئ المساوي للشيء في القوة لا يرفع ما يساويه فيها مع شيء آخر والاو مسلم وليس الكلام فيه ويؤيده ما روى عن عمر رضي الله عنه انه لما شغله أشغال المسلمين استعان بزيد ابن ثابت رضي الله عنه فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر رضي الله عنه أحدا الخصمين فقال ان زيدا قضى علي يا أمير المؤمنين فقال له عمر لو كنت لقضيت لك فقال ما يمنعك يا أمير المؤمنين الساعة فأنض لي فقال عمر لو كان هناك آخر لقضيت لك ولكن ههنا رأى والرأى مشترك (ولو قضى القاضي في المجتهد فيه مخالفا لرأيه

والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرد غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه (ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه

حديث العسيلة وفي السير من الجامع الكبير اذا قضى ان الكفار لا يملكون ما استولوا عليه لا ينفذ لانه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة ولو قضى بشهادة الزوج لزوجه نفاذ وفي الفصول نقلا عن فتاوى رشيد الدين الزوج الثاني اذا طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا وهي في العدة ثم طلقها قبل الدخول فترجها الاول قبل انقضاء العدة وحكم الحاكم بصحة هذا النكاح ينفذ لان الاجتهاد فيه مساغا وهو صريح ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فالكلم عليهن من عدة تعتدونهن او هو ايضا مذهب زفر ولو قضى في المأذون في نوع أنه مأذون فيه فقط كذهب الشافعي بصير متفقا ولو قضى بنصف الجهاز فبين طلقت قبل الدخول وقد قبضت المهر فتجهز لا ينفذ لانه خلاف الجمهور وينفذ القضاء بجواز بيع المدبر ولو قضى بعدم جواز عقور الزوجة عن دم العمد بناء على قول البعض انه لاحق لها في القصاص لا ينفذ ولو زنى بأمر امرأته فقضى باقرار البنت معه نفذ وحكي في الفصول فيما اذا زنى بأمرأة ثم تزوج بنتها فقضى بجوازه خلافا عند أبي يوسف لا ينفذ لانه عليه وعند محمد يجوز وبصحة السلم في الحيوان ينفذ وينفذ بالقرعة في رقيق أعنت الميث واحد منهم وبالشهادة لاييه وعكسه ينفذ عند أبي يوسف ولا ينفذ عند محمد وبالشهادة على الشهادة في يادون مدة السفر نفذ وبشهادة شهود على وصية مخومة من غير أن يقرأها عليهم الميث أمضاه الآخر وبصحة النكاح الموقت بأيام نفذ ولو عقد أموقتا لم ينفذ المتعة ثم ومتعني بنفسك عشرة أيام لا ينفذ ولو قضى برد زوجته بالعيوب من العمى والجنون نفذ لان عمر رضي الله عنه يقول ردها بالعيوب الخمسة وكذا بصحة رد الزوجة له ولو قضى بسقوط المهر بالتقدم بلاقرار ولا بينة لم ينفذ وكذا اذا قضى أن لا يؤجل العنين هذا في القضاء بالمجتهد فيه أما اذا كان نفس القضاء مجتهدا فيه فهذه فريعات منه وأصله ان الخلاف اذا كان في نفس القضاء الواقع توقف على امضاء قاض آخر فان أمضاه ليس الثالث نقضه لان قضاء الثاني هو الذي وقع في مجتهد فيه أعنى قضاء الاول وعليه فرع اذا قضى بالحجر على المفسد للفساد لا ينفذ لانه لا ينفذ في التحقيق الخلاف في القضاء في توقف على امضاء قاض آخر وقبل أن يرضيه الثاني نقضه لانه ليس قضاء في مجتهد فيه وكذا لو قضى لأمرأة بشهادة رجلين فالقاضي الثاني مخير بين أن يجيزه أو يرد له لان الخلاف وقع في نفس القضاء ومنه ما لو قضى المحدود والاعنى وأما قضاء السلطان في أمر فالاصح انه ينفذ وقيل لا ينفذ على القول بأنه لا ينفذ يحتاج في نفاذه الى أن ينفذه قاض آخر وقيل في مسألة الحجر في صحة نقض الثاني أن قضاء الاول ليس بقضاء لعدم المقضى له وعليه نفذ قضاء الثاني باطلا عنه عن الحجر (قوله والاصل) حاصله توجيهه أن القاضي الثاني ينفذ خلاف رأيه في المرفوع اليه وهو أن اجتهاد الثاني في البطلان كاجتهاد الاول في الصحة مثلا فتعارض اجتهاداهما وترجع الاول باتصال القضاء به فلا ينقضه الثاني باجتهاده هو دونه (قوله ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه

(قوله ولأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول الخ) أقول وفيه ان اعتقادنا المذهب

الغير انه خطأ يحتمل الصواب ومذهبنا صواب

يحتمل الخطأ فلا يكون الثاني كالاول عندنا (قوله ويؤيده ما روى عن عمر الخ) أقول قال الزبلي وقد صرح ان عمر لما كثرت أشغاله قلد القضاء بالدرء وساق القصة

ناسب المذهب نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا فقيه روايتان) ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ
بيقين وعندهما لا ينقد في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى

ناسب المذهب نفذ عند أبي حنيفة) رواية واحدة (وان كان عامدا فقيه روايتان) عنه (وجه
النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين) لان رأيه يحتمل الخطا وان كان الظاهر عنده الصواب ورأى غيره يحتمل
الصواب وان كان الظاهر عنده خطأ فليس واحدا منهم خطأ بيقين فكان حاصله قضاء في محل مجتهد فيه
فينفذ وجه عدم النفاذ ان قضاء مع اعتقاده غير حق عبث فلا يعتبر بمن استثبت عليه القبلة توقع
تحريره الى جهة فصل الى غيرها لا يصح لاعتقاده خطأ نفسه فكذا هذا وانه أخذ شمس الأئمة الاوزجندی
وبالاول أخذ الصدر الشهيد وفتح بعضهم عليه أن ما يفعله القضاء من الارسال الى شافعي ليحكم بطلان
اليمين المضافة لا يجوز الا بشرط كون القاضي المرسل يرى بطلانه كالشافعي والا كان مقلدا لغيره ليفعل
ما هو الباطل عنده وهو باطل قال الشيخ أبو المعين هذا خلاف ما عليه السلف فانهم كانوا يبتعدون القضاء
من الخلفاء ويرون ما يحكمون به نافذا وان كان مخالفا لأى الخلفاء انتهى وأؤكد الامور في هذا حكم سريح
بما يخالف رأى على كثيرا وهو يعلم وبواقفه كما علم في رده شهادة الحسن له وعمر قبله فقبل صرح عن عمر
رضي الله عنه انه قلدا بالدرء القضاء فاختص اليه رجلا ن ففضي لاحدهما ثم لقي القاضي عليه عمر
فسأله عن حاله فقال قضى على فقال لو كنت مكانه قضيت لك قال فما عنك فقال عمر ليس هنا نص والرأى
مشترك وغير ذلك وتحقيقه أن القاضي المرسل يقطع بأن ما يفعله القاضي المرسل اليه مأمور به من عند
الله فظنه بطلانه معناه ظنه عدم مطابقة حكم الله الثابت في نفس الامر لكن القطع بأن المكلف به
منه تعالى ليس اصابة ذلك بل العمل بظنونه وان خالف حكمه تعالى فقد أوجب عليه أن يعمل بخلاف
حكمه تعالى فكان ارسال الحنفى اليه ارسالا لأن يحكم بما أمره الله تعالى ولا جناح عليه في ذلك مع علمه
ان الله جوزه أن يقول هذا القول وأن يعمل به من افتاء به أو حكم به عليه واقتصار المصنف على وجه
النفاذ دليل انه المرجح عنده هذا عند أبي حنيفة (وعندهما لا ينقد في الوجهين) يعنى وجه النسيان
والعمد (لانه قضى بما هو خطأ عنده) وقد تضمن وجه أبي حنيفة جوابه بيسير تأمل ومع ذلك ذكر المصنف
كصاحب المحيط الفتوى على قولهما وذكر في الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قول أبي حنيفة فقد
اختلف النتموى والوجه في هذا الزمان أن يبقى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل
لا قصه جميل وأما الناسي فلان المقلد ما قلده الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره وهذا كله في القاضي
المجتهد فأما المقلد فأنما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى
ذلك الحكم هذا وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الاقدام على القضاء بخلاف مذهبه وقال وجه
من قال بالجواز أن القاضي مأمور بالمشاورة وقد تقع على خلاف رأيه وجه المنع قوله تعالى وأن
احكم بينهم بما أنزل الله الآية واتباعه غير رأيه اتباع هوى غيره والوجه الصحيح أن المجتهد مأمور بالعمل
بمقتضى ظنه اجماعا وهذا بخلاف مقتضى ظنه وعمله هنا ليس الاضاوة بخلاف المرسل الى من يرى
خلاف رأيه ليحكم هو فانه لم يحكم فيه بشئ هذا ومن تمة اليمين المضافة انه اذا فسح اليمين المضافة
بعد التزوج لا يحتاج الى تجديد العقد ولو وطئ الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسح حكمى عن برهان
الأئمة يكون الوطء حلالا ولو كانت اليمين كل امرأة تزوجها فتزوج امرأته وفسخت اليمين ثم تزوج
بأخرى هل يحتاج الى الفسخ في كل امرأة ذكر فيه خلاف عند أبي يوسف يحتاج وعند محمد لا وفي
المنتقى ذكر أن عند أبي حنيفة يحتاج وعند أبي يوسف لا يحتاج واختلف فيه المشايخ أيضا وحيلة
أن لا يحتاج في كل امرأة أن يقضى القاضي عند تزوج امرأته بطلان اليمين الواقعة مطلقا من
غير قيد فسخها في حق تلك المرأة وسند كرى في أمر الفتوى فيها كلاما آخر في باب التحكيم

أيضا بطريق الاولى (أنه
ليس بخطأ بيقين) لكونه
مجتهدا فيه وما هو كذلك
فالحكم به نافذ كعامه
المجتهدات ووجه عدمه
أنه زعم فساد قضائه
وهو مؤاخذ بزعمه (وقال
أبو يوسف ومحمد رجما
الله لا ينقد في الوجهين
لانه قضى بما هو خطأ
عنده) فيعمل به بزعمه
قال المصنف (وعليه
الفتوى)

قال المصنف (وان كان
عامدا فقيه روايتان)
أقول قال النسيان في
الكافي وفي الصغرى اذا
قضى في محل الاجتهاد
وهو لا يرى ذلك بل يرى
خلافه ينقد عند أبي
حنيفة وعليه الفتوى
اه قال ابن الهمام الوجه
في هذا الزمان أن يبقى
بقولهما لأن التارك
لمذهبه عمدا لا يفعله
الا لهوى باطل لا قصد
جميل ثم قال وأما الناسي
فلان المقلد ما قلده
الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب
غيره وهذا كله في القاضي
المجتهد وأما المقلد فأنما
ولاه ليحكم بمذهب أبي
حنيفة مثلا فلا يملك
المخالفة فيكون معزولا
بالنسبة الى ذلك الحكم
اه (قوله بطريق

قال (ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا) لما ذكرنا حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض أراد أن بين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع فإذا حكم الحاكم بخلاف ذلك ورفع إلى آخر لم يتقدمه بل يبطله حتى لو تقدم ثم رفع إلى فاض ثالث نقض لانه باطل وضلال والباطل لا يجوز عليه الاعتماد بخلاف المجتهد فيه فإنه إذا رفع إلى الثاني نقضه كما مر فان نقضه فرفع إلى ثالث فإنه يتقدم القضاء الاول ويبطل الثاني لان الاول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالاجماع والثاني مخالف للاجماع ومخالف الاجماع باطل لا يتقدم والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الاب وجارية التي وطئها الاب فلو حكم الحاكم بمجاوز ذلك لنقضه من رفع اليه (والمراد بالسنة المشهورة منها) كما ذكرنا والمراد بالجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور أي جل الناس وأكثرهم (ومخالفة البعض غير معتبرة لان ذلك خلاف للاختلاف) فعلى هذا إذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الاكثر كان حكمه على خلاف الاجماع نقضه من رفع اليه وينبغي أن يحمل كلام المصنف هذا على ما إذا كان الواحد المخالف بمن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس في جواز ربا الفضل فإنه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه أحد وأنكره وأعلمه فإذا حكم الحاكم بمجاوز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منعقد على الحرمة بدونه فأما إذا سوغ له ذلك لم ينقض الاجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنهما في اشتراط حجب الام من الثلث إلى السدس بالجمع من الاخوة وفي اعطائهم الثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين فان حكم بهما لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الاعمة ولعله اختيار المصنف ولا يحمل على قول من يرى ان خلاف الأقل غير مانع لان عقاده لانه ليس بصحيح عند عامة العلماء قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول) معناه ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا إذا حكم الشافعي أو المالكي برأيه بمخالفة (٩٣) رأى من تقدم عليه من الصدر الاول ورفع ذلك إلى الحاكم لم يرد ذلك كان له أن يتقدمه

قال (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحرير المخ) كل ما قضى به القاضي بتحريره في الظاهر أي فيما بيننا فهو في الباطن أي عند الله حرام وكذا إذا قضى بالحلل لكن بشرط أن تكون الدعوى بسبب معين كسكاح أو بيع أو طلاق أو عتاق لافي الاملاك المرسلة وهي مسألة قضاء القاضي في

ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحرير فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا إذا قضى بالحلل وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقدمت في النكاح

(قوله وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريره فهو في الباطن كذلك) أي هو عند الله حرام وان كان الشهود الذين قضى بهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك (وكذا إذا قضى بالحلل) يكون حلالا عند الله تعالى وان كان بشهادة الزور (وهذا) عند أبي حنيفة وهو مشروط بما (إذا كانت الدعوى بسبب معين)

العقود والفسوخ بشهادة الزور وفي العقود ما إذا ادعى على امرأته سكاها وأنكرت فأقام عليها شاهد زور وقضى القاضي للحلل بالنكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل للمرأة التمكن منه على قول أبي يوسف الاول خلافا للمحمد وزفر والشافعي وهو قول أبي يوسف الآخر وكذا إذا ادعت على رجل وأنكر ومنها ما إذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل أن قال بتعني هذه الجارية أو من جهة البائع مثل أن يقول اشتريت مني هذه الجارية فإنه يحل للشري وطؤها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهدا فيه وبالبيع بثمن قيمة الجارية أو بأقل مما يتبعان فيه الناس أولا عند بعض المشايخ لان الشهادة شرط لانشاء النكاح قصدوا الانشاء ههنا ثبت اقتضاء فلا تسترط الشهادة وأن البيع يغني فاحش مبادلة ولهذا علمك العبد المأذون له والمكاتب وان لم يملك التبرع فكان كسائر المبادلات وقال بعضهم انما يثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء ببعض من الشهود لانها شرط صحة العقد ولم يكن البيع يغني فاحش لان القاضي يصير منشئا وانما يصير منشئا فيما له ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع يغني فاحش لانه تبرع ومن الفسوخ ما إذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية وأقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبائع وطؤها ومنها ما إذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثا وأقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطؤها ظاهرا وباطنا علم أن الزوج الاول لم يطلقها بان كان أحد الشاهدين أو لم يعلم بذلك وقالان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له ذلك الوطء لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك وأما الزوج الاول فلا يحل له الوطء عند أبي يوسف آخر وان كانت الفرقة لم تقع باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه وذكر شيخ الاسلام أن على قول أبي يوسف الآخر يحل وطؤها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطؤها لم يدخل بها الثاني فإذا دخل بها لا يحل سواء علم الثاني بحقيقة الحال أو لم يعلم

(قوله لان القاضي يصير منشئا) أقول الظاهر أن يقال منشئ (قوله لأنه تبرع) أقول أي من وجهه (قوله فإذا دخل بها لا يحل) أقول لوجوب العدة كالمسكوحة إذا وطئت بشبهة

قال (ولا يقضى القاضي على غائب الخ) البقاء على الغائب وله عندنا لا يجوز إلا إذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي إن غاب عن البلد أو عن مجلس الحكم واستقر في البلد جازوا لا يصح في الأصح لأن في الاستتار تضييع الحقوق دون غيره واستدل بأن ثبوت القضاء بوجود الحجلة وهي البينة فإذا وجدته ظهر الحق فيعمل للقاضي العمل بعقضاها ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة لأن الشهادة خير مما يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل إلا أن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ولهذا إذا كان الخصم حاضرا وأقر بالحق لأحاجة إليها ولا منازعة إلا بعد الانكار ولم يوجد (٤٩٣) فإن قال قد علمت بالشهادة بدون

الانكار إذا حضر الخصم وسكت أجيب بأن الشرع أنزله منكرا جلالا منه على الإصلاح إذا تظاهر من حال المسلم أن لا يسكت إن كان عليه دين أو رفع الظلمة إن أراد بسكوته توقيف حال المدعي عن سماع الحجلة فكان الانكار موجودا حكما وإن قال سلمنا أن المنازعة إلا بالانكار لكنه موجود ظاهرا فيما نحن فيه فإن الأصل عدم الإقرار إذا الأصل في اليد الملك قلنا ممنوع فإن الظاهر من حالة الإقرار أن المدعي صادق بظاهر الوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الإقرار لعقله ودينه أيضا وإن قال لو أنكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجلة وليس كذلك قلنا إذا كانت شرطا فاللزام ممنوعة لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود الشرط وسيأتي له جواب آخر وإن قال وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق

قال (ولا يقضى القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحجلة وهي البينة فظهر الحق ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد للحل والحرمة كالبيع والنكاح والطلاق وهذه المسئلة هي التي تقدمت في النكاح المعفونة بأن القضاء بالعقود والفسوخ بشهادة الزور بغير علم القاضي نافذة عند أبي حنيفة باطنا خلافا لصاحبيه وباقي الأئمة ومن المثل ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي جاحدة وأقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حل للمدعي وطؤها ولها التمكن خلافا لهم وكذا إذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجحد ومنها قضى ببيع أمة بشهادة زور بان ادعى على رجل أنه باعها منه أو أنكأ اشتريتها حل للنكر وطؤها إذا قامت البينة الزور وقضى بها وكذا في الفسوخ بالبيع والاقالة وفي الهبة روايتان ومنها ادعت أن الزوج طلقها ثلاثا وهو ينكر فأقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر حل له وطؤها عند الله تعالى وإن علم بحقيقة الحال ولا يحمل عند الأئمة إذا كان عالم بالكذب الشهود ومن صور التحريم صبي وصبيته سيافكبرا أو اعتقائهم تزوج أحدهما بالآخر فجاء حري مسلما وأقام بينة أنهم ما ولداه قضى القاضي بينهما بالفرقة فإن رجع الشهود أو تبين أنهم مشهودون ولا يحمل للزوج وطؤها عنده لأن القضاء بالحرمة نفذ باطنا وظاهرا ومحمد في هذا الفرع مع أبي حنيفة لأنه لا يعلم حقيقة كذب الشهود وأجمعوا في الأملاك المرسلة عن تعيين سبب أنه لا يحمل باطنا والوجه في الأصل والفرق تقدم قبيل باب الأولياء والاكتفاء ومن الأوجه لابي حنيفة أنه لو فرق بينهما بأمر الزوج نفذ ظاهرا وباطنا فأمر الله أولى والقاضي مأمور بذلك منه حل وعلا وأما الاستنهاد بتفريق المتلاعنين فينفذ باطنا وإن كان أحدهما كاذبا فليس بشئ وفي الخلاصة وأجمعوا على أنه لو أقر بالطلاق الثلاث ثم أنكر وحلف فقضى له بها لا يحمل وطؤها وإن الشهود لو تظاهروا عبيدا أو كفارا أو محدودين لا ينفذ باطنا وفيها رجل قال لامرأته أنت طالق البتة ونوى واحدة بائنة أو رجعية فقضى القاضي بأنها ثلاثا فأخذ يقول على نفذ القضاء ظاهرا وباطنا ثم بعد ذلك إن كان الزوج مجتهدا يتبع رأى القاضي عند محمد وعند أبي يوسف يتبع رأى القاضي إن كان مقضيا عليه وإن كان مقضيا له يتبع أشد الأمرين عليه وإن كان عاميا فإن استفتى فما أفتاه بالمقضي صار كالثابت بالاجتهاد عنده وإن لم يستفت أخذ بما قضى به انتهى والوجه عندي قول محمد لأن اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضي يرجع على اجتهاد الزوج والأخذ بالراجح متعين وكونه لا يراه حلالا إنما ينعمه من القربان قبل القضاء أما بعده وبعد نفاذه باطنا كما فرضت المسئلة فلا (قوله ولا يقضى القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز) إذا كان غائبا عن البلد أو فيها وهو مستتر قول واحد وهو قول مالك وأحمد وإن كان في البلد غير مخفف فله قولان أحدهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك والفرق إن في المستتر تضييع الحقوق لوم يحكم وفي غيره لا احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر فاشتراط حضور الخصم زيادة عليه بلا دليل ولنا

بالبينة لأنه إن حضر وأقر لزم الدعوى وإن أنكر فكذلك فالجواب بأن النزاع في ظهور الحق بالبينة فانه عندنا لا يظهر بها إلا بالانزع وبأنه مفيد لاحتمال أن يطعن في الشهود ويثبت أو يسلم الدعوى ويدعي الاداء ويثبت أو يقر قبل القضاء بالبينة فيطل الحكم بالبينة ووقوع ذلك بعد الحكم يمكن وفيه إبطاله وصون الحكم عن البطلان من أجل الفوائد

(قوله قلنا إذا كانت شرطا الخ) أقول فيه تأمل ثم الظاهر أن يقال إذا كان بدل قوله إذا كانت (قوله وبأنه مفيد الخ) أقول ومن هذا يعلم وجه ما يفعله قضاة زماننا حيث يرسلون المدعي عليه مع المدعي إلى القاضي الكاتب إذا طلب ذلك منهم

(قوله ولانه يحتمل الاقرار الخ) دليل آخر على المطلوب والضمير للشأن ويجوز أن يتنازع أن يشبه في وجه القضاء وأعمال الثاني ومعناه أن الشأن يحتمل الاقرار والانتكار أو وجه القضاء يحتملهما من الخصم فيشبهه على الحاكم وجه القضاء لان أحكامهما مختلفة فان حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة وقد تقدم في أول باب الاستحقاق من البيوع أن الرجل اذا اشترى جارية قولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه يأخذها وولدها وان أقر بها الرجل لم يأخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبنية فيظهر ملك الحاربه من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة للاستحقاق ولهذا ترجع الباعثة بعضهم على بعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعثة بعضهم على بعض فان استندل الخصم بقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي فانه لا يفصل بين كون الخصم حاضرا أو غائبا أو محدثا هندا حيث قالت يا رسول الله ان أباسفیان رجل شحیح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال خذي من مال أبي سفیان ما يكفيك وولدي بالمعروف فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب (٤٩٤) أجيبنا عن الحديث الاول بأنه يدل على أن من ادعى شيئا فعليه اقامه

ولانه يحتمل الاقرار والانتكار من الخصم فيشبهه وجه القضاء لان أحكامهما مختلفة ولو أنكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانتكار وقت القضاء وفيه خلاف أبي يوسف فارجحه الله ومن يقوم مقامه قد يكون نائباً بانابته كالوكيل أو بانابته الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكماً بأن كان ما يدعى على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر

قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين استقضاه على اليمن لا تقض لاحد الخصمين بشي حتى تسمع كلام الآخر وقد مناه من رواية أبي داود وغيره وتصح به وتحم به فاعلم ان جهالة كلامه مانعة من القضاء وذلك ثابت مع غيبته وغيبته من يقوم مقامه ولان حجية البينة على وجه يوجب العمل بها موقوف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها والعجز عنه لا يعلم الا مع حضوره أو نائبه ولان شرط العمل بها الانتكار حتى لا تسمع على مقر ولا يقضى بها اذا اعترض الاقرار قبل القضاء وغيبته يقوت العلم بوجود شرط العمل بها وهو الانتكار ومالم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم ولا يكفي في الحكم بثبوت كونه الاصل لانه يترتب عليه وجود أمر فلا بد من ثبوت وجوده ولذا قلنا جميعا فمن قال لعبدته ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر قضى اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم أدخل لا يحكم بوجود العتق لوجود الشرط بناء على أن الاصل عدم الدخول لما ذكرنا أنه جعل شرط الحدوث أمر آخر فلا يحكم بوجوده بناء على الاصل فان قبل الخلاف ثابت فيما لو حضر وأنكر ثم غاب قلنا لان بقاء الانتكار شرط القضاء بالبينة وهو محتمل لجواز الرجوع عنه الا بالنظر الى الاصل ولا عبرة به وانما يقضى عليه بالبينة اذا حضر وسكت لا تزال الشرع اياه منكر الا أنه غير منكر وما قيل وقف البينة على حضوره غير مقيد لانه اما أن يقرأ أو ينكر وعلى الوجهين الدعوى لازمة عليه فليس بشي لان مع حضوره يحتمل أن يقر فيبطل حكم البينة أو لا يقطع في البينة ويثبت أو لا يقطع في قضى عليه بالبينة ومع غيبته يشبه وجه القضاء فلا يجوز وهذا لان حكم الحاكم بالبينة أن ينفذ في حق سائر الناس وبالاقرار يقتصر على المقر ويظهر

البينة وهو مع كونه متروك الظاهر لان الخصم اذا أقر ليس على المدعي اقامة البينة ليس بعمل للنزاع وانما النزاع في أن القاضي هل يجوز له أن يحكم على الغائب أولا وليس فيه ما يدل على نفي أو اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين بعثته الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين بشي حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضى رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن وعن حديث هندا بأنه عليه الصلاة والسلام كان عالما باستحقاق النفقة على أبي سفیان الأثرى

أنهم لم تقم البينة (قوله لو أنكر ثم غاب فكذلك) يعني لا يقضى القاضي في غيبته وان وجد منه الانتكار وكذا اذا أنكر ذلك وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء (لان الشرط قيام الانتكار وقت القضاء) لان البينة انما تصير حجة بالقضاء وهو الجواب الموعود بقولنا سيأتي (وفيه خلاف أبي يوسف) فانه يقول الشرط الاصرار على الانتكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب وأجيب بأن الاستصحاب يصلح للرفع لا للاثبات قال (ومن يقوم مقامه الخ) لما ذكرنا أن القضاء على الغائب لا يجوز الا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم أن قيام الحاضر مقام الغائب اما أن يكون بفعل فاعل أو يكون حكما شرعيا والاول اما أن يكون الفاعل هو الغائب كما اذا وكل شخصا هو ظاهر أو القاضي كما اذا أقام وصيا من جهته والثاني اما أن يكون ما يدعى به على الغائب سبباً لازماً لما يدعى به على الحاضر

(قوله والضمير للشأن) أقول فيه بحث فان الجملة بعده تحتمل ضميره الآن يراد بضمير الشأن ما هو المصطلح (قوله ويجوز أن يتنازع أن يشبه الخ) أقول وأتى بضميره في الاول والاضمار قبل الذكر جائز في باب التنازع الآن جواز تنازع الحرف والفعل في اسم بعدهما يحتاج الى البيان (قوله وعن حديث هندا الخ) أقول ولانه لم يكن قضاء وانما كان فتوى (قوله وفيه خلاف أبي يوسف الخ) أقول وفيه تأمل (قوله واعلم ان قيام الحاضر الخ) أقول كأنه يشير الى أن المضاف مقدر قبل قوله ومن يقوم مقامه أي وقيام من يقوم

أو شرط الحقة فان كان سببها لازماً سواء كان المدعى واحداً كما اذا ادعى داراً في يد رجل أن ملكه وأنكر ذوال اليد فأقام المدعى بينة أن الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فان المدعى وهو الدار شئ واحد وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب للملك لا محالة أو شيئين مختلفين (٤٩٥) كما اذا شهد شاهدان لرجل على رجل

بحق من الحقوق فقال
المشهد ودعاهما عبداً
فلان الغائب فأقام
المشهد له بينة أن فلانا
الغائب أعتقه وما هو
يملكه ما تقبل هذه الشهادة
والمدعى شيئاً من المال على
الحاضر والعق على
الغائب والمدعى على
الغائب سبب المدعى على
الحاضر لا محالة لان ولاية
الشهادة لا تنفك عن
العق بحال فالقضاء فيهما
على الحاضر قضاء على
الغائب والحاضر ينتصب
خصماً عن الغائب لان
المدعى شئ واحد في الاول
أو كشيء واحد في الثاني
لعدم الانفكاك فإذا حضر
الغائب وأنكر لا يلتفت
الى انكاره ولا يحتاج الى
اعادة البينة وله ما نظائر
في الكتب المبسوطة
والمصنف لم يتعرض
الالسيبية وأما أن يكون
المدعى شيئاً واحداً أو
شيئين مختلفين فلم يتعرض
له للحصول المقصود بالسبب
اللازم فان الشيء اذا ثبت
ثبت بلوازمه وقيدنا
السبب بقولنا لا زماً احترازاً
عما اذا كان سبباً في وقت

وهذا في غير صورة في الكتب أما اذا كان شرط الحقة

ذلك فبين اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبيعة يأخذها وولدها ولو أقر به الرجل لم يأخذ ولدها ولا يرجع بالثمن على بائعها وبالبيعة ترجع الباعة بعضهم على بعض وما ذكرناه فيما لو أنكر ثم غاب قول أبي حنيفة لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف أبي يوسف فانه قال يحكم بها لان انكاره سمع نفاً فوجد شرط حجتها كما لو أقر ثم غاب يقضى بالاقرار وفي نوادر ابن سميعة عن محمد أنه لا يقضى بالبيعة ويقضى بالاقرار وهو قول أبي حنيفة لان في البيعة للمدعى عليه حق الطعن في البيعة والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق أما نيس له حق الطعن في اقراره فالقضاء عليه حال غيبته ثم لا يبطل حقه وكان أبو يوسف يقول ألا لا يقضى بالبيعة والاقرار على الغائب جميعاً ثم يرجع لما ابتلى بالقضاء وقال يقضى فيه ما جعوا واستحسنه حفظ الاموال الناس فإذا علمنا أنه لا بد من حضوره أو حضور من يقوم مقامه فمن يقوم مقامه أحد ثلاث نائب بانابته كوكيله أو بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكماً يعني شخصاً يقوم مقامه حكماً أي يكون قيامه عنه حكماً لا مراً لازم له واقتصر المصنف عليها نفياً للسخر من جهة القاضي فان فيه اختلاف الروايتين وهو الذي ينصبه القاضي لسمع عليه الدعوى وكذا لو حضر المدعى رجلاً لا غير خصمه لسمع القاضي الخصومة والقاضي يعلم أنه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهة وانما يجوز نصب القاضي الوكيل عن خصم اختفى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم ولكن بعد أن يبعث أمناه الى باب داره فينادي على باب داره ويقول احضر مجلس الحكم والايحكم عليكم أماً في غير ذلك الموضع فلا وذ كر محمد في الجامع رجل غاب وجاء رجل فادعى على رجل ذكرانه غريم الغائب والغائب وكله بطلب كل حق له على غرمائه بالكوفة وبالخصومة والمدعى عليه ينكر وكالته فأقام بينة على وكالته قضي عليه بالو كلة يعني على الغائب قال شيخ الاسلام فيه دليل على جواز الحكم على المسخر فانه قال ذكرانه غريم الغائب ولم يقل هو غريم الغائب قال اه مدر الشاهد هذا محمول على ما اذا لم يعلم القاضي أنه مسخر والوجه أن يحمل على إحدى الروايتين كما ذكر ظهير الدين في فتاواه أن في نفاذ قضاء القاضي على الغائب روايتين ذكر شمس الأئمة السرخسي وشيخ الاسلام أنه ينفذ وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ وفي مفقود خواهر زاده لا ينبغي للقاضي أن يقضى للغائب من غير خصم كما لا ينبغي للقاضي أن يقضى على الغائب إلا أن مع هذا لو وكل وكيلاً أو نفذ الخصومة بينهم فهو جائز وعليه الفتوى انتهى والذي يقتضيه النظر أن يقال ان نفاذ القضاء على الغائب موقوف على امضاء قاض لان نفس القضاء هو المجتهد فيه فهو قضاء محدود في قذف ونحوه وحيث قضي على غائب فلا يكون عن اقرار عليه ومن فروعه مسألة نجمية في الفصل الاول من الفتاوى الصغرى عين في يد رجل ادعى آخر انه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذوال اليد فالقاضي لا يأمر ذا اليد أن يسلمها الى المدعى حتى لا يكون قضاء على الغائب بالشراء باقراره وهو عجيبة لانه اعترف بالملك للمدعى ولا يقضى عليه بالتسليم قال وأحال الصدر الشهيد هذه المسألة الى باب اليمين من أدب القاضي ولم أجد هاتئة وأما الثالث فما اذا كان ما يدعيه على الغائب سبباً لا محالة لما دعيه على الحاضر بحيث لا ينفك عنه (وهو في غير صورة في الكتب بخلاف ما اذا كان ما يدعيه على الغائب (شرط الحقة)

دون وقت فان الحاضر فيه لا ينتصب خصماً عن الغائب كما اذا قال رجل لآخر أقر جل غائب ان زوجك فلانا الغائب وكلني أن أجلك اليه فقالت انه كان قد طلقني ثلاثاً وأقامت على ذلك بينة قبلت بينهما في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى اذا حضر وأنكر الطلاق يجب عليها إعادة البينة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر

(قوله فالقضاء فيهما على الحاضر الخ) أقول جراء فان كان في قوله فان كان سبباً لازماً الخ المتقدم عليه بسبعة أسطر فحسبنا

وهو قصر بده فان الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بأن لم يكن وكيلًا بالحل قبل الطلاق وقد وجب بأن كان وكيلًا بالحل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سببًا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجهه فقلنا بقضى بقصر اليد دون الطلاق فلا يهما فان قيل كلام المصنف (٤٩٦) ساكت عن هذا القيد قلت اكتفى بالاطلاق لصرف المطلق الى الكمال عن

فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع

لا سيما لا محالة أو قد يكون سببا وقد لا يكون (فانه لا معتبر به في جعل الحاضر خصما عن الغائب) قال المصنف (وقد عرف تمامه في الجامع) مثال السبب الملزوم لا محالة في ست مسائل ثلاث فيما يكون المقضى شيئين وثلاث فيما يكون واحدا أما ثلاث الواحد احداها ادعى دارا في يد رجل انها ملكه وأنكر ذواليد فأقام البيئة انها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فانه يقضى بها في حق الحاضر والغائب لان الشراء سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر لان الشراء من المالك سبب لا محالة للملكه والثانية ادعى على آخره كفضله عن فلان الغائب بما يدوب له عليه فافر المدعى عليه بالدفالة وأنكر الذوب فأقام المدعى البيئة أنه ذاب له على فلان ألف يقضى بها على الكفيل والغائب حتى لو حضر وأنكر لا يلتفت الى انكاره الثالثة ادعى شفعة في دار في يد انسان فقال ذواليد الدار ادري ما اشتريتها من أحد فأقام المدعى البيئة ان ذاليد اشتراها من فلان الغائب بألف وهو يملكها وأنا شفعيها بقضى بالشراء في حق ذواليد والغائب ومثال ثلاث الشئين احداها قذف محصنا فادعى عليه الحد فقال القاذف أنا عبد وعلى حد العبد وقال المدعى القذوف بل أعتقك مولاك فعليك حد الاحرار والمولى غائب فأقام البيئة على ذلك تقبل هذه البيئة ويقضى بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر وأنكر العتق لا يلتفت الى انكاره فالتعق سبب لكمال الحد وهو المدعى على الحاضر فهما شيان الثانية شاهدان شهدا على رجل مال فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب فأقام المشهود له البيئة ان مولا هما أعتقهما قبل هذا وهو يملكهما تقبل البيئة ويثبت العتق في حق المشهود عليه والمولى الغائب لان العتق لا ينفك عن ولاية الشهادة الثالثة رجل قتل رجلا عدا له وليان غاب أحدهما وادعى الحاضر على القاتل ان الغائب عفان نصيبه وانقلب نصيبى مالا وأنكر القاتل فأقام المدعى البيئة على ذلك تقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعا فان قيل هذا منتهى عما اذا كان العبد بين غائب وحاضر فادعى العبد على الحاضر منهما ان الغائب أعتق نصيبه وهو موسر وادعى قصر يد الحاضر عن نفسه لصيرورته مكاتباً عند أبي حنيفة وأقام البيئة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البيئة أصلا مع ان اعناق الغائب نصيبه سبب لقصر يد الحاضر عنه لا محالة أجيب بأن عدم القبول عنده هنا لعدم الخصم عن الغائب بل لجهالة المقضى عليه بالكاتب لان الساكت اذا اختار تضييع العتق يصير العبد مكاتباً من جهة المعتق وان اختار الاستعانة بصير مكاتباً من جهة الساكت فكان المقضى عليه بالكاتب محجولاً فلا يقبل وأما ما لا يكون فيه ما يدعى به على الغائب سبباً لا محالة لما يدعيه على الحاضر بل قد يكون وقد لا يكون فقد يكون أيضاً شيئين وقد يكون واحداً وبيانه في مسئلتين احداها قال لعبد رجل مولاك وكنتي بحملك اليه فأقام العبد البيئة ان مولاة أعتقه تقبل في حق قصر يد الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغائب حتى لو حضر الغائب وأنكر العتق يحتاج العبد الى اعادة البيئة به والثانية رجل قال لامرأة غائب وكنتي زوجك بحملك اليه فأقامت بيئة انه طلقها ثلاثا بقضى بقصر يد الوكيل عنهم دون الطلاق فلو حضر وأنكر الطلاق يحتاج الى اعادتها أو بيئة أخرى فالمدعى العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد لان العتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجب انعزال الوكيل بأن لا يكون هناك وكالة وقد يتحقق موجبا لانعزال بأن وجد بعد الوكيل فليس انعزال الوكيل حكماً أصلياً للطلاق

التقييد وان كان أعنى ما يدعى به على الغائب شرطاً لحقه أى لحق المدعى على الحاضر كمن قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فأنت طالق فادعت امرأته الخالف عليه ان فلانا طلق امرأته وأقامت على ذلك بيئة قال المصنف فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وهو قول عامة المشايخ لان بيننا على فلان الغائب لا تصح لان ذلك ابتداء القضاء على الغائب وقال الامام فحصر الاسلام وشمس الأئمة الاو زجندى ان البيئة تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغائب كما في السبب لان دعوى المدعى كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط لا يقال المعتبر هو السبب للالزم والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين لان المعتبر توقف ما يدعى على الحاضر على ما يدعى على الغائب وهو في الشرط موجود وأخرج المصنف المسخر من جهة القاضي وهو من نصبه وكيلاً عن الغائب ليسمع الخصومة عليه بقوله كالوصى من جهة القاضي لان كلامه فين

والعتاق

يقوم مقام الغائب والمسخر لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو احدى الرايتين فيه فكأنه اختاره

(قوله والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين) أقول فيه تأمل (قوله وأخرج المصنف الى قوله كالوصى) أقول فيه شئ فان كاف التيسير تدل على خلاف ما ذكره

قال (وبقرض القاضي أموال اليتامى الخ) للقاضي أن يقرض أموال اليتامى ويكتب الصك لأجل (٩٧) تذكر الحق وهو الاقراض لان

في اقراض أموالهم مصلحة لهم
لبقائهم محفوظة فان القاضي
لكثرة أشغاله قد يعجز
عن الحفظ بنفسه وبالودعة
ان حصل الحفظ لم تكن
مضمونة بالهلاك فلم تكن
مضمونة وبالقرض
تصير محفوظة مضمونة
فيقرضها فان قيل نعم هو
كذلك لكن لم يؤمن الثوي
بحود المستقرض أجب
بقوله والقاضي يقدر على
الاستخراج ليكون معلوما له
وبالكتابة يحصل الحفظ
وينتفي النسيان بخلاف
الوصي فانه ليس له أن يقرض
فان فعل ضمن لان الحفظ
والضمان وان كانا
موجودين بالاقراض لكن
مخافة الثوي باقية لعدم
قدرته على الاستخراج لانه
ليس كل قاض يعدل ولا
كل بينة تعدل والاب كالوصي
في أصح الروايتين لانه
عاجز عن الاستخراج وهو
اختيار الامام فخر الاسلام
والصدر الشهيد والعقابي
وفي رواية يجوز له ذلك
لان ولاية الاب تم المال
والنفس كولاية القاضي
وشفقته تمنع من ترك النظر
له والظاهر أنه يقرضه ممن
يأمن بحوده وان أخذه
الاب قرضاً لنفسه فالقرض
يحوز وروى الحسن عن
أبي حنيفة أنه ليس له ذلك

قال (وبقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب ذكرا الحق) لان في الاقراض مصلحة لهم لبقاء الاموال
محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه (وان أقرض الوصي ضمن) لانه
لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في أصح الروايتين العجزة عن الاستخراج
والعتاق فمن حيث انه ليس سببا لحق الحاضر في الجلة لا يكون الحاضره خصما عن الغائب ومن حيث
انه قد يكون سببا قبلنا البينة فيما يرجع الى حق الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الو كاله لانه ليس من
ضرورة انعزال الو كيل لتحقيق الطلاق والعتاق ولا من ضرورة تحقيق الطلاق والعتاق انعزال الو كيل
فلا يقضى بالطلاق والعتاق ومن هذا القسم وهو دعوى شيئين الآن ما يدعيه على الغائب ليس
سببا ما يدعيه على الحاضر الا باعتبار البقاء في مسائل احداها قالوا فيمن اشترى جارية فادعى
المشتري على البائع انه كان زوجه من فلان الغائب ولم يعلم المشتري ويريد أن يرد هاهنا العيب وأنكر
البائع فاقام المشتري على ذلك بينة فانه لا يقضى بها لافي حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعي
شيئا أن الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغائب والنكاح المدعي به على الغائب ليس سببا لما
يدعي على الحاضر الا باعتبار البقاء لجواز أن يكون تزوجها ثم طلقها فان أقام البينة على البقاء بأن شهدوا
على انها امرأته للعالم لا تقبل أيضا لان البقاء تبع للابتداء والثانية المشتري شراء فاسدا اذا اراد
البائع الاسترداد فاقام البينة انه باع من فلان الغائب لا تقبل لابطال حق الاسترداد لافي حق الحاضر
ولا في حق الغائب لان نفس البيع ليس سببا لبطالان حق البائع في الاسترداد لجواز انه باع ثم انفسخ
البيع بينهما فبعد ود حق البائع في الاسترداد واذ لم يكن خصما في اثبات نفس البيع لم يكن خصما
في اثبات البقاء لان البقاء تبع للابتداء كما ذكرنا الثالثة رجل في يده دار بيعت بجنبها دار فاراد ذو اليد
أن يأخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري له الدار التي بيدك ليست لك انما هي لفلان فاقام الشفيع
البينة انما ادارته اشتراها من فلان الغائب لا يقضى بالشراء لافي حق الحاضر ولا في حق الغائب لان
المدعي شيئا والمدعي على الغائب من شراء الدار ليس سببا لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء لانه لو
فسخ بعد الشراء أو أزالها عن ملكه بسبب من الاسباب لا يكون له شفعة وانما تكون الشفعة باعتبار البقاء
ولا بينة عليه ولو أقام على البقاء لم تقبل أيضا لما ذكرنا وأما ما يكون شرطافعة المشايخ فيه على أنه
لا ينتص الحاضر خصما عن الغائب فيما يدعيه وصورته قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فأنت طالق
فادعت أن فلانا طلق زوجته وأقامت البينة على ذلك لا يقضى بوقوع الطلاق به لانه ابتداء القضاء
على الغائب وقد أفتى بعض المتأخرين كفخر الاسلام والاوزجندى فيه بانه تصاب الحاضر خصما عن
الغائب ويقضى بوقوع الطلاق كما لو قال ان دخل فلان الدار فأنت طالق فبرهنت على دخول فلان
حيث يصح وان كان فلان غائبا والجواب انه ليس في هذا قضاء على الغائب شيء اذ ليس فيه ابطال حق
له فصار الاصل ان ما كان شرط لثبوت الحق للحاضر من غير ابطال حق الغائب قبلت البينة فيه اذ ليس
فيه قضاء على الغائب وما تضمن ابطالا عليه لا يقبل (قوله) وبقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب
ذكر الحق) وهو المسمى في عرفنا بالصك والحق هنا هو الاقراض وهذا (لان في الاقراض مصلحة لهم)
لان بقاءه على وجه الارض لا يؤمن معه السارق والغاصب المكابرو في القرض بقاؤها محفوظة
عن ذلك مضمونة (والقاضي يقدر على الاستخراج) فكان النظر في الاقراض بخلاف الوصي فانه
لا يقدر على الاستخراج اذ ربما لا يوافق الشهود أو لا يجدهم ولو وجدهم فليس كل بينة تعدل ولا
كل قاض يعدل وفي الجثنوي يدي القضاة ذل وصغار فكان اضرارا بالصغار على الاعتبار (والاب
كالوصي في أصح الروايتين) لانه لا يقدر على الاستخراج ووجه الاخرى أنه أعم ولاية من الوصي

(٦٣ - فتح القدير خامس) (قوله) ويكتب الصك لأجل تذكر الحق الخ) أقول فيه اشارة الى ان ان تصاب ذكر
الحق لكونه مفعولا له يكتب وعندى ان قوله ذكر الحق علم للصك كما يفهم من قول المصنف في أواخر مسائل شتى

باب التحكيم

لأنه في المال والنفس كولاية القاضي ويزيد عليها بزيادة الشفقة المانع من ترك النظر والظاهر أنه يقرض
 من يأمن بحجوده وعلى هذا قالوا لو أخذ الأب قرضاً لنفسه يجوز أن يقرض الحسن عن أبي حنيفة أنه
 لا يجوز والجواب أن الاعتبار في جواز القرض وعدمه ليس بقرب القرابة ولا لزيادة الولاية بل لتسامح
 القدرة على الاسترجاع بعد وجود أصل الولاية ولا قدرة للأب عليه بخلاف القاضي فإنه لو لم يجد
 الشهود لموت أو غيبة قضى بعلمه واستخرج ولا يخفى أن قدرته هذه إنما تفيد مع وجود المسألة
 أموالاً غير المستقرض صر القاضي كغيره في عدم القدرة وعن هذا قال الخصاصي ينبغي للقاضي
 أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم المال حتى لو اختلف حال أحد منهم بأخذ منهم المال قبل أن يسر فلا
 يقدر وكذلك لو كان المستقرض معسر في الابتداء لا يجوز للقاضي إقراضه وقد انتظم ما ذكرنا حكم
 القاضي بعلمه ونفصلها فعدنا وفي قول للشافعي أنه يجوز لظاهر مذهب مالك وأحمد لا يجوز
 وعن كل منهما ما رواه بالجواز كقولنا لا لأنه صلى الله عليه وسلم قال له عند بنت عتبة خذني
 من مالي ما يكفيك وذلك بالمعروف فهذا قضاء بعلمه وشرطه عند أبي حنيفة أن يعلم في حال قضاؤه
 في المصر الذي هو قاضيه بحق غير حذ الخالص لله من قرض أو بيع أو غصب أو تطلق رجل امرأته
 أو قتل عبداً أو حذ قذف وأما إذا علم قبل القضاء في حق العباد ثم ولي فرفع اليه تلك الحادثة أو
 علمها في حال قضاؤه في غير مصره ثم دخله فرفع اليه لا يقضى عنده وقال يقضى وفي الخبر يجعل
 قول محمد مع أبي حنيفة ولو علم في رستاق مصره عندهما يقضى واختلاف المشايخ على قول أبي
 حنيفة وسواء كان مقلداً للرسالة أو لم يكن وأصل هذا أن قضاء القاضي في القرية والمفازة لا ينفذ
 عند أبي حنيفة ومحمد ونص أصحاب المال عن أبي يوسف أنه ينفذ قضاؤه في السواد وهكذا في
 النوادر عن محمد ولو علم بحادثة وهو قاض في مصره ثم عزل ثم أعيد إلى القضاء فعند أبي حنيفة لا يقضى
 وعندهما يقضى وأما في حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقاً والله الموفق

باب التحكيم

هذا أيضاً من فروع القضاء والحكم أحط رتبة من القاضي فإن القاضي يقضى فيما لا يقضى المحكم
 فأخره عنه ولهذا قال أبو يوسف أنه لا يجوز تعليق التحكيم بالشرط وإضافته بخلاف القضاء لأن حكمه
 بمنزلة الإصلاح والواقع منه كالصلح أو هو صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك والتحكيم جائز بالكتاب وقوله
 تعالى فابعثوا حكماء من أهل الآية وفيه نظر وأما السنة فاقال أبو بشر يحبر يارسول الله إن قومى إذا اختلفوا
 في شئ فأوتى فحكمت بينهم فرضى عنى الفريقان فقال عليه الصلاة والسلام ما أحسن هذا رواه النسائي
 وأجمع على أنه صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا
 بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى أنه كان بين عمار وأبي بن كعب منازعة في نخل فحكم
 بينهما زيد بن ثابت فأتياه فخرج زيد وقال لعمره لا بعثت إلى قاتيل يا أمير المؤمنين فقال عمر في بيته
 يؤتى الحكم فدخل بيته فالتقى لعمر وسادة فقال عمر هذا أول جورك فكانت البيعة على عمر فقال زيد لا بد لي
 لو أعيت أمير المؤمنين فقال عمر عيين لزمته فقال أبي نعني أمير المؤمنين ونصده وليعلم أنه لا يظن بأحد
 منهما في هذه الخصومة التلميس وإنما هي لاشتباه الحادثة عليهم ما فقد ما إلى الحكم للبين لا للتلميس وفي
 الحديث جواز التحكيم وإن زيدا كان معروفاً بالفة وقد روى أن ابن عباس رضي الله عنهما كان يختلف
 إليه ويأخذ به كاه عند ركوبه وقال هكذا أمرنا أن نصنع بنقها ثنائاً قبل زيديده وقال هكذا أمرنا
 أن نصنع بأشرفنا وفيه إن الامام لا يكون قاضياً في حق نفسه وأنه ينبغي أن من احتاج إلى العلم يأتي

باب التحكيم

هذا باب من فروع القضاء
 وتأخيره من حيث أن
 المحكم أدنى مرتبة من
 القاضي لاقتصار حكمه على
 من رضى بحكمه وعموم
 ولاية القاضي وهو مشروع
 بالكتاب والاجماع أما
 الكتاب فقوله تعالى فابعثوا
 حكماء من أهلهم وحكام
 أهلها والصلابة رضى الله
 عنهم كانوا مجتمعين على
 جواز التحكيم

باب التحكيم

(قوله وعموم ولاية القاضي)
 أقول المراد بعموم ولاية
 القاضي هو تعدى الحكم
 الصادر عنه إلى غير الخصامين
 كما في صورة القتل خطأ
 وأمثاله لأنه يجب أن يكون
 موثقاً على آحاد كثيرة من
 الناس فإنه قد يرضى إليه
 الحكم في قضية واحدة بين
 الشخصين المعينين كما
 لا يخفى إلا أنه يمكن أن يقال
 لا يطلق اسم القاضي لمثل
 ذلك المولى كما يعلم من المبسوط

(واذا حكم رجلان رجلا لحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على أنفسهما فيصيح تحكيمهما وإذا حكم لهما) لصدر حكمه عن ولاية عليهما (وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه عزله فيما بينهما) واعترض بأنه لو كان كذلك لما وقع الفرقة بينهما في حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول أبي يوسف لكنهما وقعت فأنهما ما تزا في القضاء دون التحكيم عنده وأوجب بأن التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت الابتراضى الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يتعلق ولا يضاف بخلاف القضاء والامارة لانه تفويض (واذا كان المحكم بمنزلة الحاكم) اشترط له أهلية القضاء (فلوح حكما امرأه فيما يثبت بالشهادتين جاز لانها من أهل الشهادة فيها) قال (ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) قد تقدم أن أهلية القضاء بأهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقدح كما ولا يحكم كإفلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذى ان حكمه المسلمون وان حكمه أهل الذمة جاز

٤٩٩

وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان اياه وتقليد الذى يحكم بين أهل الذمة صحيح دون الاسلام فكذا تحكيمه والمحدود في القذف وان تاب لانه ليس من أهل الشهادة عندنا كما سبأى والفاسق والصبي لعدم أهلية الشهادة فيهما لكن اذا حكم الفاسق يجب أن يجوز عندنا كما في أول أدب الفاضل أن الفاسق لا ينبغي أن يقد القضاء ولو قلد جاز

(واذا حكم رجلان رجلا لحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز) لان لهما ولاية على أنفسهما فيصيح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضى فيما بينهما فاشترط أهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذى والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام أهلية القضاء اعتبارا بأهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى

الى العالم في بيته ولا يبعث اليه لياثمه وان كان أوجه الناس وأما القاه زيد الواسعة فاجتهاد من قوله صلى الله عليه وسلم اذا أناكم كريم قوم فأكرموه وبسط النبي صلى الله عليه وسلم رداء لعدى بن حاتم وان الخليفة ليس كغيره واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الاول وانه لا بأس بالخلف صادقاً وامتناع عثمان عن البين حين لزمته كان لا امر آخر وان البين حق المدعى له أن يستوفى وتسقط باسقاطه (قوله واذا حكم رجلان رجلا) أو امرأة (فحكم بينهما ورضيا بحكمه) الى أن حكم (جاز لان لهما ولاية على أنفسهما فيصيح تحكيمهما) وسند كراهة تخصيصات أولها قوله (وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم) بأن يكون أهلاً للشهادة (فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذى) الآن يحكمه ذمياً لانه من أهل الشهادة عليهم فهو من أهل الحكم عليهم (و) كذلك (المحدود في القذف والفاسق) لا يجوز تحكيم أحد من هؤلاء (لعدم أهلية القضاء لعدم أهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى) الفاسق ينفذ حكمه وقوله (وينفذ حكمه عليهما) عطف على جواب المسئلة أعني قوله جاز وهذه شروط التحكيم فقد منها على الجواب ولو قدم المجرور وقال وعليهما ينفذ حكمه كان مفيداً للحصر فيفيد انه لا ينفذ على غيرهما فلوح حكاه في عيب بالمبيع فقط يرد ليس للبائع أن يرد على بائعه إلا أن يراضى البائع الاول والثاني والمشتري على تحكيمه فحينئذ يرد على الاول ولو اختلفت الوكيل بالمبيع مع المشتري منه في العيب فحكم يرد على الوكيل لم يلزم المولى كل اذا كان العيب يحدث مثله رواية واحدة إلا أن يرضى المولى بحكمه معهم وان كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل المولى كل معهم في التحكيم ففي لزومه للمولى كل روايتان وانما اقتصر حكمه ولم يتعد لانه كالمصالح ثم تشترط هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعاً حتى لو حكما بعد افتق أو صيباً أو ذمياً فبلغ وأسلم ثم حكم لا ينفذ كما في المقلد وكذا لو كان مسلماً وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الاضافات في قوله ولا يجوز تحكيم العبد الخ من اضافة المصدر الى المفعول ولو اعتبرت الى الفاعل جاز في بعضه دون بعض وفي المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحرة وتحكيم الذمى ذمياً يحكم بينه وبين ذمى يجوز لما ذكرنا

قال المصنف (فيشترط أهلية القضاء) أقول وفي المحيط يشترط أن يكون الحكم أهلاً للشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم جميعاً حتى انه اذا لم يكن أهلاً للشهادة وقت التحكيم وصار أهلاً للشهادة وقت الحكم بان كان الحكم عبداً فاعتق وحكم لا ينفذ حكمه هكذا ذكر صاحب الافضية

والشيخ الامام شيخ الاسلام في شرح كتاب الصلح وقد ذكرنا مسئلة في فصل التقليد والعزل بخلاف هذا انتهى المسئلة المذكورة في فصل التقليد هو انه اذا استقضى الصبي ثم أدرك ليس له أن يقضى بذلك الامر في باب الجمعة من صلاة المتقي رواه ابراهيم عن محمد والعبد اذا استقضى ثم عتق كان له أن يقضى بذلك الامر انتهى واشترط أهلية الشهادة وقت التحكيم والحكم مذكور في النهاية ومراج الداربية أيضاً (قوله ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) أقول في المحيط ويجوز تحكيم المكاتب والصبي المأذون كما يجوز تحكيم الحر انتهى وفي شرح الكافي المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحرة وقال في النهاية هو من قبيل اضافة المصدر الى الفاعل هناك انتهى فلا مخالفة كما هو ثم قوله تحكيم الكافر من قبيل اضافة المصدر الى المفعول يقال حكمه أى فوض الحكم اليه (قوله فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذى الخ) أقول المراد بالكافر ما عدا الذى بقسمة المقابلة

(ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل أن يحكم عليهما لأنه مقلد من جهتهما) لاتفاقهما على ذلك (فلا يحكم الا برضاهما جميعا) لان ما كان وجوده من شئين لا بد له من وجودهما أو ما عذمه فلا يحتاج الى عدمهما بل بعدم أحدهما وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الاخراج الا باتفاقهما أيضا فان قيل اخرج أحدهما سعى في نقض ماتم من جهته قلنا ماتم الامر وانما التمام بعد الحكم ولا نقض حيثئذ فانه لا رجوع لواحد منهما لزوم الحكم بصوره عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزله السلطان فانه لازم (واذا رفع حكمه الى حاكم فوافق مذهب امضاء لانه) اذا نقضه لم يحكم الا بذلك (لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه) وفائدة ابرامه أنه لو رفع الى حاكم يخالف مذهب لم يتمكن من نقضه ولو لم يرض لتمكن لان امضاء الاول عزله حكم نفسه (وان خالفه أبطله لان حكم المحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه) (٥٠٠) بخلاف حكم الحاكم كما تقدم فلانه لا يبطله الثاني وان خالف مذهب لعموم ولايته فكان

قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز للقاض آخر أن يردّه قال (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص الخ) لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقا لله الى باتفاق الروايات لان الامام هو المتعين لاستيفائها أو ما في حد القذف والقصاص فقد اختلفت المشايخ قال شمس الأئمة من أصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز وذكري في الذخيرة عن صلح الاصل أن التحكيم في القصاص جائز لان الاستيفاء اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم في الأموال وذكري الخصاص أن التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف واستدل بقوله لانه لا ولاية لهما على دمه ولهاذا لا يمكن الاباحة وهو دليل القصاص ولم يذكري دليل

(ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما) لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا (واذا حكم لزمهما) لصور حكمه عن ولاية عليهما (واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهب امضاء) لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه (وان خالفه أبطله) لان حكمه لا يلزم لعدم التحكيم منه (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) لانه لا ولاية لهما على دمه ولهاذا لا يمكن الاباحة فلا يستباح رضاهما قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما وهو صحيح لانه لا يبقى به وبقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام (قوله ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما) اذ هما المولى لانه قلما عزله قبل أن يحكم كما أن السلطان أن يعزل القاضي قبل أن يحكم ولو حكم قبل عزله فقد وعزله بعد ذلك لا يبطله فكذا هذا (واذا نقض حكمه لزمهما الصلح ودور حكمه عن ولاية كاملة عليهما) فقط لانه لا يكون دون الصلح وبعده ماتم الصلح ليس لواحد أن يرجع (قوله واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهب امضاء لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه على ذلك الوجه) بعينه (وان خالفه أبطله) وقال مالك وابن أبي ليلى هو كالمقلد لا يبطله الا أن يكون جورا بينا يختلف فيه أهل العلم ونحن فرقنا بأن ولاية القاضي عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد بخلاف المولى لانه انما لهم ولاية على أنفسهم فقط لا على القاضي فلا يلزم حكمه القاضي لانه لم يحكمه ولان نقض دمه اياه بمنزلة اصطلاحهم ما على شئ في المجتهدات كان للقاضي أن يبطل أو ينقذه فكذا هذا وهذا بين لك أن المراد من قوله وان خالفه أبطله ليس ما يعطيه ظاهره من لزوم ابطال القاضي اياه بل جواز أن يبطله وان ينقذه وعبارة المبسوط بعد أن ذكر الوجه فلا يجب تنفيذ حكمه على القاضي (قوله ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) وهذا احدى الروايتين في القصاص وهي رواية الخصاص قال شمس الأئمة في شرح أذب الخصاص من أصحابنا من قالوا هذا في الحدود الخالصة حقا لله تعالى لان الامام هو المتعين لاستيفائها وليس لهما ولاية على سائر الناس وأما القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم فيهما ولكن صاحب الكتاب يريد الخصاص أطلق وقال لا يجوز وهو الصحيح لان حكم الحكم بمنزلة الصلح ولا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف بالصلح ولا نهما يندران بالشبهات وفي حكمه شبهة لانه حكم في حقهما لا في حق غيرهما وأي شبهة أعظم من هذا قال المصنف (قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو صحيح) وفي

الحدود وقالوا في ذلك لان حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفى بالشبهات وهذا كما ترى أشمل من تعليل المصنف (قوله وقالوا) أي قال المتأخرون من مشايخنا (وتخصيص القصاص لا يندرى الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات) كالكتابان في جعلهما رعية والطلاق المضاف وهو الظاهر عن أصحابنا (وهو صحيح) لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك قال شمس الأئمة الخلو في مسألة حكم المحكم تعلم ولا يبقى بها وكان يقول ظاهر المذهب أنه يجوز الآن الامام الاستاذ بأعلى النسب كان يقول يكتم هذا الفصل ولا يبقى به كي لا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدى الى هدم مذهبنا (قوله وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الاخراج الا باتفاقهما) أقول كما يسع فانه لا يفسخ الا باتفاق المتبايعين ففي الجواب كلام قال المصنف (واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهب امضاء) أقول فعلى هذا حكم المحكم يلزم الوقف على مذهبهما في ديارنا يرضيه الحاكم الختفي بهذا الدليل بعينه اذ الفتوى على قولهما وما المأخوذ على القضاء الحكم بالاصح

وان حكمهم في دم خطا لا ينفذ الا في صورته لانه امان يحكمم بالدية على العاقلة أو في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثاني رده القاضي ويقضى بالدية على العاقلة لانه يخالف رأيه ويخالف لنص حديث حمل بن مالك قوموا فدوه كما سمي في كتاب المعامل ان شاء الله تعالى (قوله الا اذا ثبت) استثنى من قوله رده القاضي أي رد قضاءه بالدية في ماله الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله (٥٠١) وأما أروش الجراحات فان كانت

بحيث لا تتعلمها العاقلة وتجب في مال الجاني بأن كانت دون أروش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنسكول كان عدا وقضى على الجاني جاز لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضى الجاني بحكمه عليه فيجوز وان كانت بحيث تتعلمها العاقلة بأن كانت خمسمائة فصاعدا وفقد ثبتت الجناية بالينة وكانت خطأ لا يجوز قضاؤه بها أصلا لانه ان قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع وان قضى على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه (قوله ويجوز ان يسمع البينة) يعني أهلها صار حكمهم عليهم ما بتسلطهما جاز ان يسمع البينة (ويقضى بالنسكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع واذا أخبر المحكم باقرار أحد الخصمين) بأن يقول لأحدهما اعترف عندي لهذا بكذا (أو بعدالة الشهود) مثل أن يقول قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندي وقد ألزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليكم فأنكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشئ

وان حكمه في دم خطا لا ينفذ الا في صورته لانه امان يحكمم بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضى بالدية على العاقلة لانه يخالف رأيه ويخالف لنص أيضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله (ويجوز ان يسمع البينة) ويقضى بالنسكول وكذا بالاقرار) لانه حكم موافق للشرع ولو أخبر باقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قاعة

المصلحة قضاء الحكم في الطلاق والعناق والنكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيع والكفارات والقصاص وأروش الجنايات وقطع يد عمدا بينة عادلة جائز اذا وافق رأى القاضي وعن أبي حنيفة لا يجوز في القصاص ونقل الناصح عن أبي بكر الرازي في القصاص ينبغي أن يجوز لان ولي القصاص لو استوفى القصاص من غير أن يرفع إلى السلطان جاز فكذا اذا حكم فيه لانه من حقوق بني آدم وتوجيه المصنف بأنهم لا ولاية لهم على دمه ولذا لا يمكن الاباحة يعني لو قال لشخص اقتلني لا يصح أمره ولا يحمل لالا خرقله لا يدفعه وهذا لا يدفعه المقضى عليه هو الاصل في التحكيم والاخر أعني الطالب تبع فكون أحد هما هو الذي تحكيمه ليس الاقوى بذلك أن يستوفيه لاية تقضى صحة التحكيم فيه بل حتى يرضى الاخر ولا خرقله لا يدفعه المقضى عليه هو الاصل في التحكيم وفي الفتاوى الصغرى حكم المحكم في الطلاق المضاف بنفسه ذلك لا يفتى به وفيها روى عن أصحابنا ما هو أوسع من هذا وهو أن صاحب الحادثة لو استفتى فقيها عدلا فافتاه بطلاق اليمين المضافة وسعه اتباع فتواه وامسالك المرأة الخلو بطلاقها وروى عنهم ما هو أوسع من هذا وهو أنه اذا استفتى أو لا فقيها فافتاه بطلاق اليمين وسعه امسالك المرأة فان تزوج أخرى وكان حلف بطلاق كل امرأته تزوجها فاستفتى فقيها آخر فافتاه ببيعة اليمين فانه يفارق الاخرى ويمسك الاولى ولا يفتواهما وفي الذخيرة فبين تزوج امرأته بغير ولي فطلقها ثلاثا فبعث القاضي إلى شافعي ليحكم بينهما بطلاق ذلك النكاح وبطلان الثلاث ويجوز وكذا لو حكم بذلك حكما يجوز ولا يفتى به لما مر يعني ما قدمه من خشية تجاسر العوام يعني على هدم المذهب قال وكذا من غاب عن امرأته غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فبعث إلى شافعي ليحكم بفسخ النكاح لعجز النفقة يجوز ثم قال المصنف (ولو حكمه في دم خطا فقضى بالدية على العاقلة لا ينفذ لانه لا ولاية له على العاقلة اذ لم يحكموه وكذا لو حكم على القاتل بالدية في ماله) فان القاضي (رده ويقضى) بما هو الحق وهو كونه (على العاقلة لانه يخالف رأيه ولنص) وهو حديث حمل بن مالك (الا اذا ثبت القتل) وهو قتل الخطا (باقراره) فحينئذ يجوز قضاؤه بالدية حينئذ على القاتل لان العواقل لا تعقل القتل الثابت بالاقرار كالاتعقل العمدة والصلح على الدية لان اقراره لا ينفذ في حقهم اذ لا ولاية له عليهم فاقصر على نفسه فوجب الدية في ماله وعلى هذا التفصيل أروش الجراحات ان كانت بحيث لا تتعلمها العاقلة بل تجب في مال الجاني بأن كانت دون أروش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنسكول أو كان عدا وان بلغ خمسمائة فقضى الحكم على الجاني جاز لانه لا يخالف الشرع وان كانت بحيث

أو قامت عليه بينة بشئ لم يلتفت إلى قوله وقضى القاضي ونفذ لان الحكم عليك انشاء الحكم عليه بذلك (اذا كانا على تحكيمهما) فبذلك الاخبار كالقاضي المولى اذا قال في قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك أو ببينة قامت عندي على ذلك (فانه يصدق في ذلك) (قوله وثبت ذلك بالاقرار والنسكول) أقول فيه انه اذا ثبت بالينة يكون في مال الجاني أيضا فلا وجه للتفديد بالاقرار والنسكول (قوله وقد ألزمتك ذلك الخ) أقول انشاء الزام والحكم أيضا

ولا يلتفت الى انكار المقتضى عليه فكذا ههنا (وان أخبر بالحكم مثل أن يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا (لم يصدق) لانه اذا حكم صار عزولا ولا يقبل قوله اني حكمت بكذا كالفاضي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا (وحكم الحاكم لا يوبى به وولده وزوجته باطل) لان أهلية الشهادة شرط (٥٠٣) للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذلك الحكم (ولا فرق في ذلك بين المولى

والحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء واذا حكم رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الرأي والله أعلم بالصواب

مسائل شتى من كتاب القضاء

قال (واذا كان علول رجل وسئل لا خرف فليس لصاحب السفلى أن يتدفيه وتداول لا يقب فيه كوة تحمله العاقلة لا يجوز قضاؤه أصلا لانه ان قضى على الجاني خالف الشرع وعلى العاقلة لا يجوز لانهم لم يحكموه (قوله ولو أخبر) يعنى الحكم لو قال لاحدهما أقررت عندي أو قامت عندي بينة عليك بهذا فعندلوا عندي وقد أزمك ذلك وحكمت به هذا انكر المقتضى عليه أن يكون أقر أو أقام البينة لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه مادام المجلس باقيا لان الحكم مادام تحكيمهما قائما كالفاضي المقلد ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت الى انكار المقتضى عليه فكذلك الحكم الا ان يخرج المخاطب عن الحكم وعزله قبل أن يقول حكمت عليه ثم قال الحكم ذلك أو قاله بعد ان قام من المجلس لانه بالقيام من المجلس يعزل كما يعزل بعزل أحدهما قبل الحكم فصار كالفاضي اذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا (قوله وحكم الحاكم) سواء كان فاضيا ومحكما (لا يوبى به وولده وزوجته) وكل من لا تقبل شهادته له (باطل لمكان التهمة) بخلاف ما اذا حكم عليهم بجوز لا تتقاهما (قوله ولو حكم رجلين لا بد من اجتماعهما لان الحكم امر يحتاج فيه الى الرأي) وانما رضى الخصمان برأيهما فلا ينفرد أحدهما ثم لا يصدق الحكم في اخبارهما عن الحكم اذا قاما لما ذكرنا من انعزالهما فالتحقبا سائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باسراء

والحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء واذا حكم رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الرأي والله أعلم بالصواب

مسائل شتى من كتاب القضاء

مسائل شتى أى متفرقة من شئت تشتيما اذا فرق ذكر في آخر كتاب أدب القاضي مسائل منه كما هو دأب المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب مسائل تتعلق بمقابلتها استدراكا لمافات من الكتاب ويرجونه بمسائل شتى أو منشورة أو متفرقة قبل وعلى هذا كان القياس أن يؤخرها الى آخر كتاب القضاء ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكر

بعدها القضاء بالمواريث والرحم وأنه لجدير بالتأخير لا محالة (واذا كان علول رجل وسئل لا خرف فليس لصاحب السفلى عند أن يتدفيه وتداول لا يقب فيه كوة

مسائل شتى من كتاب القاضي

(قوله مسائل شتى أى متفرقة من شئت تشتيما) أقول بل من شئت يشئت شتا وشتا لا وشتيما اذا فرق واقترق

بغير رضا صاحب العلو) وليس لصاحب العلو أن يبني على علوه ولا أن يضع عليه جذعا لم يكن له ولا يحدث كثرة الإبرضا صاحب السفلى
(عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالوا لكل واحد منهما أن يصنع ما لا يضر به وقيل هذا تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله (بعضي أن أبا حنيفة إنما
منع عما منع إذا كان مضرا وأما إذا لم يكن مضرا فلا يمنع كما هو قوله ما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يضر به الآخر
فصل الجمع عليه لأن التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر (٥٠٣) أصاحبه (وقيل) ليس ذلك بتفسيره

وإنما (الأصل عندهما
الإباحة لأنه تصرف في
ملكه والمالك يقتضي
الاطلاق) فلا يمنع عندهما
بعارض الضرر فإذا لم يكن
ضررا لم يمنع بالاق (تفاوت) إنما
تظهر ثمرة الخلاف (إذا

أشك) فعندهما (لم يجوز المنع)
لأن الإطلاق بينهما
واليقين لا يزول بالشك
(والأصل عنده الحظر لأنه
تصرف في محل يتعلق به
حق محترم للغير) وهو
صاحب العلو لأن قراره
عليه ولهذا يمنع من الهدم
اتفاقا وتعلق حق الغير بملكه
يمنع المالك من التصرف
كما يمنع حق المرحم من
والمستأجر المالك عن
انصراف في المهرهون
والمستأجر (والإطلاق
بعارض) وهو الرضا به دون
عدم الضرر فتأمل (فإذا أشكل
لا يزال المنع) لما ذكرنا
(قوله على أنه لا يعرى عن
فوق ضرر بالعلو من توهين
بناء أو نقضه فيمنع عنه)
استظهار على المنع لإفادة
ما قبله ذلك

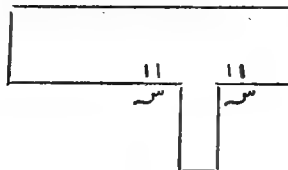
عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه بغير رضا صاحب العلو (وقال يصنع ما لا يضر بالعلو) وعلى هذا
الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه قبل ما حكى عنهم اتفقوا بقول أبي حنيفة رحمه الله فلا
خلاف وقيل الأصل عندهما الإباحة لأنه تصرف في ملكه والمالك يقتضي الإطلاق والحرمه بعارض
الضرر فإذا أشكل لم يجوز المنع والأصل عنده الحظر لأنه تصرف في محل يتعلق به حق محترم للغير كحق
المرتمن والمستأجر والإطلاق بعارض فإذا أشكل لا يزال المنع على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من
توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه

عند أبي حنيفة رضي الله عنه أي بغير رضا صاحب العلو) وكذا ليس له أن يدخل فيه جذعا والاتفاق
على أن ليس له أن يهدم سدة للمنافية من إبطال حق صاحب العلو في سكناء العلو (وقال يصنع ما لا يضر
بالعلو وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه) أو يضع عليه جذعا أو يشرع كيفية
والكوة بفتح الكاف ويقال وتد وتد ابتداء من باب ضربه (قيل ما حكى عنهم اتفقوا بقول أبي حنيفة)
لأنه إنما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لا مالا يضره فيه (فلا خلاف) بينهم (وقيل) بل بينهما خلاف وهو في
محل وقوع الشك فالاشك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير أو وسط يجوز اتفاقا ومافيه ضرر ظاهر كفتح
الباب ينبغي أن يمنع اتفاقا ومافيه ضرر كفتح الباب في التضرر به كفتح الوتد في الجدار والسقف فعندهما لا يمنع لأن
(الأصل) فيه (الإباحة لأنه تصرف في ملكه والحظر بعارض الضرر فإذا أشكل لم يجوز المنع) لأن اليقين
لا يزال بالاشك كإلزام ناصية من العبد المشترك يجوز ولو كاتب ناصية لا يجوز وللشريك حق فسخه
(وعنده الأصل الحظر لأنه تصرف في محل يتعلق به حق محترم للغير) ولهذا يمنع من هدمه اتفاقا وتعلق
حق الغير بملكه يمنع تصرفه به كالمهرهون والمستأجر تعلق به حق المرحم منع الراهن من التصرف فيه
وذكر شيخ الإسلام عن بعضهم أن على قول أبي حنيفة صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وإن لم يضر
بالسفل رواية واحدة وقال شيخ الإسلام أيضا إذا أشكل تصرف صاحب العلو هل يضر بالسفل أولا
لا يملكه بالاتفاق وقال الصدر الشهيد المختار أنه إذا أشكل لا يملكه وإذا لم يضر يملكه وذكر قاضيان لو
حفر صاحب السفلى في ساحة بئر أو ما أشبه ذلك عند أبي حنيفة أنه ذلك وإن تضرر به صاحب العلو
وعندهما الحكم مع الأول بعلة الضرر وعلمت أن ليس لأصاحب السفلى هدمه فلو هدمه يجبر على
بنائه لأنه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو كالراهن إذا قتل المهرهون والمولى إذا قتل عبده
المديون وهذا الأصل كلى كل من أجبر على أن يفعل مع شر بكمه فإذا فعل أحدهما بغير أمر شر بكمه فهو
متطوع لأنه طر يق وهو المطالبة بالمشاورة في الفعل كنه بينهما امتنع أحدهما عن كربه وكري
الآخر أو سفينة تخوف الغرق أو بيت أو دار أو حمام أو طاحونة فأصلحه أحدهما أو عبدا مشتركا جنى
فقداهما فهو متطوع لأن الآخر يجبر وإن كان لا يجبر لم يكن متطوعا كده لول رجل وسفل لا آخر
وسقط السفل فبناء الآخر لا يكون متطوعا لأنه لا يجبر صاحب السفلى على بنائه فكان في بنائه إياه مضطرا

(قوله وإنما تظهر ثمرة الخلاف) أقول فيه بحث (قوله إذا أشكل) أقول كهذه الأشياء المذكورة (قوله وهو الرضا به دون عدم الضرر)
أقول وفيه بحث يظهر على لائحة السياق ألا يرى أن المراد إشكال الضرر وعدمه قال الزيلعي وهو عدم الضرر بيقين انتهى الباء
متعلق بعدم لا بالضرر (قوله فتأمل) أقول كتب في هامش الكتاب نقلا عن خط الشارح ما هو صورته أمر بالتأمل تنبيه على
أن عدم أمر لا يثبت له ليعرض ولو عرض لزم أن يكون الضرر قبله موجودا وعرض لعدم وليس كذلك انتهى وأقول يجوز أن يكون
إطلاق العارض عليه من باب المشاكلة

قال (واذا كانت رائحة مستطيلة تشعب منها رائحة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الرائحة الاولى أن يفتحوا بابا في الرائحة القصوى) لأن فكه للروور ولاحق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما يبيع فيها حق الشفعة

ليصل الى حقه واذا نادى بنى عليه علوه له منع صاحب السفلى من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدي قيمته واختلف في ان القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع والصحيح وقت البناء وانما قلنا في الدار والمبيت والطاحونة والحمام ما ذكرنا اذا كان يمكنه قسمة الساحة ليعني في نصيبه وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارة قال وذ كر الخصاص أنه يرجع عما أتفق وهذا عندى في غاية الحسن اذا كان بقضاهو يجب أن لا يضمن لوعلا بناء السفلى على قدر ما كان عليه ذلك القدر أما اذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناء ذلك فيها بعد القسمة فانه اذا بنى لا يكون متطوعا وكذا اذا انهدم بعضه لانه لا يمكن الانتفاع بنصيبه الا ببنائه فلا يكون متطوعا وفي فتاوى النسفي دار الجار بن سطح احدهما أعلى ومسيل ماء العلي على الاخرى فأراد صاحب السفلى أن يرفع سطحه أو يبني عليه له ذلك وليس للجار منعه ولكن يطالبه بتسديل مائه الى طرف المزبأ واذا انهدم السفلى أو هدمه المالك ليس للآخر أن يكافه العمارة لاجل اسالة الماء لكن يبني هو ويمنع صاحبه من الانتفاع انتهى فرق بين حق التعلو وبين حق التسديل حيث لو هدم في الاول يجبر على البناء ولو هدم في الثاني لا يجبر وفي الحائط بين اثنين لو كان لهما عليه خشب فبني أحدهما للباقي أن يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا وفي الافضية حائط مشترك أراد أحدهما انقضه وأبى الشريك ان كان يحال لا يخاف سقوطه لا يجبر وان كان بحيث يخاف عن الامام أبي بكر محمد بن الفضل يجبر وان هدمه وأراد أحدهما أن يبني وأبى الآخر ان كان أس الحائط عريضا يمكنه أن يبني حائطاً في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك وان كان لا يمكن يجبر كذا عن الامام أبي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى وتفسير الجرائد انه لم يوافق الشريك وأنفق على العمارة يرجع على الشريك بنصف ما أنفق ان كان الحائط لا يقبل القسمة وفي شهادات فتاوى الفضلى لو هدمه وامتنع أحدهما يجبر ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع من الانتفاع به مالم يستوف نصف ما أنفق فيه ان فعل ذلك بقضاء القاضي وان كان بلا قضاء بنصف قيمة البناء انتهى فلو حل ما تقدم من كون الرجوع بقيمة البناء على ما اذا كان بلا قضاء وقول الخصاص مع قول ابن الفضل عما أنفق على ما اذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهرى فليكن هو الحمل وهذا لانه لا كان مضطرا في البناء كان له نصيبين ماصرف لذلك غير أنه ليس مضطرا في ترك مراجعة من له الولاية على الشريك وهو القاضي فيرجع بالقيمة ولو كان الحائط صحيحا فهدم أحدهما باذن الشريك لأشك أنه يجبر الهادم على البناء ان أراد الآخر كالهدمه وان هدمه بغير اذن الشريك وفي كتاب الخيطان رجل أراد أن يهدم داره ولاهل السكة ضرر لانه يغرب السكة المختار انه يمنع فلو هدم مع هذا وانه يضر بالجيران ان كان قادر على البناء يجبر على البناء قيل والاصح أنه لا يجبر وفي كتاب الغصب من الخلاصة رجل هدم داره فانه هدم دار جاره لا يضمن (قوله وان كانت رائحة مستطيلة تشعب منها رائحة أخرى مستطيلة وهي غير نافذة) يعنى المنشعبة (فليس ا) أحدا من (أهل الرائحة الاولى) اذا كان له جدار في الرائحة المنشعبة ان يفتح في جداره ذلك بابا في الرائحة المنشعبة وهذه صورتها



قال (واذا كانت رائحة مستطيلة الخ) سكة طويلة غير نافذة تشعب عن بيتها أو يسارها مثلها على هذه الصورة



ليس لاهل الرائحة الاولى أن يفتحوا بابا في الرائحة القصوى لان فتح الباب للروور ولاحق لهم في المرور لان المرور فيها لاهلها خاصة لكونها غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لاحد أن يفتح بابا بغير اذنتهم فكذا هذا ألا ترى أنه لو بيعت دار في تلك السكة القصوى ليس لاهل السكة العظمى أن يأخذوا بالشفعة لان تلك السكة لهم خاصة

بـخـلـاف النافذة لان المرور فيها حق العامة ثم قيل المنع من المرور لان فتح الباب لان الفتح رفع بعض جداره وله أن يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه أولى ولهذا الفتح كوة أو بابا بالاستضاءة دون المرور لم يمنع والاصح (٥٠٥) أنه يمنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور

لا يمكنه المنع من المرور كل ساعة ولانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ربما يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على أن الزائفة الاولى غير نافذة وقد صرح بذلك الامام الترمذى والفقهاء أبو الليث الا اذا جعلت الضمير موضوعا موضع اسم الإشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذة فيجوز أن يكون حالا من الزائعتين جميعا لان الإشارة بذلك الى المثنى والجمع صحيحة فيكون من قبيل قوله تعالى قل أرايتم ان أخذ الله سمعكم وأبصاركم وختم على قلوبكم من الله غير الله بأنبيكم به أى بذلك على أحد الوجهين وأن كانت الزائفة القصوى مستديرة قدر لرق طرفاها يعنى سكة فيها اعوجاج حتى يبلغ اعوجاجها رأس السكة والسكة غير نافذة فلكل واحد منهم أن يفتح بابه في أى موضع شاء لانها سكة واحدة اذهى ساحة مشتركة

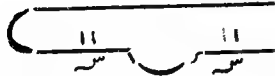
بـخـلـاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لان فتح الباب لانه رفع بعض جداره والاصح أن المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عما يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب (وان كانت مستديرة قدر لرق طرفاها فلهما أن يفتحوا) بابا لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذهى ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها

والذى يمكنه أن يفتح بابا في الزائفة القصوى هو صاحب الدار التي في ركن الزائفة الثانية وانما قلنا ليس له ذلك لان فتحه للورور ولا حق لاهل الزائفة الاولى في المرور في الزائفة القصوى بل هو لاهلها على الخصوص ولذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن لاهل الاولى شفعة فيها بخلاف اهل القصوى فان لاحدهم أن يفتح بابا في الاولى لان له حق المرور فيها و (بخلاف النافذة فان المرور فيها حق العامة) ولا خلاف ان له أن يفتح قال بعض المشايخ لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لان فتح الباب رفع بعض جداره وله أن يرفعه كله فكذلك له أن يرفع بعضه والاصح أن يمنع من الفتح لانه منصوص عليه في الرواية بنص محمد في الجامع ولان المنع بعد الفتح لا يمكن اذا لم يكن مرافقه ليل او نهارا في الخروج فيخرج ولانه عما يدعى بعد تركيب الباب وطول الزمان حقا في المرور ويستدل عليه بتركيب الباب فيكون تركيب الباب مع هذا نفسه دعوى حق المرور ويكون القول قوله للظاهر الذى معه وهو فتح الباب (ولو كانت) المتشعبة (مستديرة فلهما أن يفتحوا لان لكل منهم حق المرور في كلها اذهى ساحة مشتركة) غاية الامر أن فيها اعوجاجا (ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها) وهذه صورتها



وفي الخيطان زقاق غير نافذ أراد انسان يعنى من أهله أن يتخذ مذبيحا ان ترك من الطريق قدر الممر للناس ويرفعه سريعا ويرفعه في الايام مرة لا يمنع منه وكذا لو أراد أن يبنى آريا أو دكانا وهو الذى نسميه في عرفنا مصطبة ولو استأذن رجلا في وضع جذوع على حائطه أو حفر سرداب تحت داره ففعل ثم باع الاذن داره للشترى أن يأخذ برفعها الا اذا شرط بقاءها عند البيع وكذا لو كان نصب أعمدة ملاصقة لجدار الرجل مقابل لبابه ونصب عليها وعلى وجه داره سقيفة للشترى أن يطالبه بازالتها الا اذا شرطها ولو أن الرجل حائطا ووجهه في دار رجل فأراد أن يطين حائطه ولا سبيل اليه الا بدخول دار الرجل أو انهدم الحائط فوق نقضه في داره فأراد أن يدخل لبيل الطين وغيره فنفعه صاحب الدار وله مجرى ماء في داره فأراد حفره واصلاحه ولا يمكن الا بدخول دار الرجل وهو يمنع يقال له اما أن تتركه يدخل ويصلح ويفعل بما له أو تفعل بما لك كذا روى عن محمد بن أبيه أخذ الفقيه أبو الليث وفي وقف النوازل دار مشتركة بين قوم لبعضهم أن يربطوا الدابة فيها وأن يضعوا الخشب على وجهه لا يضر بصاحبه وان يتوضؤوا بحيث لا تضيق عليهم الطريق لمرورهم ولو عطب بها أحد لا يضمن ولو حفر الأرض يؤمر أن يسويها فان نقص الحفر يضمن النقصان وكذا لو كان الطريق بين قوم وهو غير نافذ فغير أن في الطريق لا يضمن نقصان

(٦٤ - فتح القدير خامس) لكل واحد منهم حق المرور في كلها ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها بهذه الصورة



(قوله فيجوز أن يكون حالا) أقول الجواز لا يستلزم الدلالة ففي اتصال الاستثناء تأمل (قوله لان الإشارة بذلك الى المثنى والجمع صحيحة) أقول يعنى أن الإشارة بلفظ ذلك الى المثنى والجمع صحيحة بتأويل ما ذكر

الحفر وفي أول قسمة الأصل قبيل باب قسمة الدار رجل أصاب ساحة في القسمة فأراد أن يبنها ويرفع
 بناءها وأراد ألاّ خرمنعه وقال تد على الريح والشمس له أن يرفع بناءه وله أن يتخذ فيها جاماً أو تنورا
 وأن كف عما يؤذى جاره فهو حسن ولا يجبر على ذلك ولو فتح صاحب البناء في علوبائه باباً أو كوة لم يكن
 لصاحب الساحة منعه ولصاحب الساحة أن يبنى في ملكه ما يسترهم به ولو اتخذ بئراً في ملكه
 أو كراً باباً أو بالوعة فنزمتها حائط جاره وطلب جاره منه تحويله لم يجبر عليه فإن سقط الحائط من ذلك
 لا يضمن هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية وحكي عن أبي حنيفة أن رجلاً شكك إليه من
 بئر حفرها جاره في داره فقال احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل فسحبت البئر فكسبها صاحبها
 ولم يفتنه بمنع الحافر بل هداه إلى هذه الحيلة وبذلك كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني وفي
 مضاربة النوازل لو اتخذ داره حظيرة للغنم والخيران يتأذون من تنن السرقين ولا يأمنون على الرعاة ليس
 لهم في الحكم منعه وبه قال الشافعي وأحمد ولو حفر في داره بئراً فنزمتها حائط جاره ليس له منعه قال في
 فصول العمادى نقل عن الذخيرة بعد أن نقل عن نصير بن يحيى أن للقاضي منع الجار من ذلك وذكر
 غيره تمسكهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار والوجه انظاره إلى رغبة لأن صاحب البناء
 كان ينتفع به وملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة إذا سد الهواء بالبناء فانتفع به
 عن الانتفاع بملكه ولم ينف عليه ملكه ولا منفعة فصار كالأول كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فأراد
 قطعها لا يمنع من ذلك وإن تضرر به الجار بمنعه من ذلك الانتفاع وتصير هذه المسئلة رواية في مسئلة
 لا رواية لها في الكتب وصورتها بالفارسية في الذخيرة وغيرها وحاصلها بالعربية بيتان لرجلين لكل
 منهما سقف واحد فأراد أحدهما أن يرفع البناء ويحججه له ذاسقفين قال في الفتاوى الصغرى أن كان في
 القديم بسقف واحد لا آخر أن ينعى وإن كانا بسقفين فليس له منعه قال وحده القديم أن لا تحفظ أقرانه
 ورأى هذا الوقت كيف كان قال في الخلاصة فلما أقام أحدهما البيتة على أنه قديم والآخر على أنه محدث
 فبيته القديم أولى قال ولا تقبل شهادة أهل السكة في هذا قال في الذخيرة ينبغي أن لا يكون له المنع على
 قياس هذه المسئلة لأن صاحب البيت الآخر يجعل بيته ذاسقفين وينعته من الانتفاع به وملك نفسه
 انتهى وعلى تقدير الفرق فالفرق أن في هذه المسئلة وهي مسئلة البينين يريد أن ينعته من الضوء والضوء
 من الحوائج الأصلية وفي مسئلة الأصل ينعته عن الشمس والريح وذامن الحوائج الزائدة انتهى وأما
 قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فلا شك أنه عام مخصوص للقطع بعدم امتناع كبير من الضرر
 كالتعازير والمحدود ونحوه وانطبقة طبع ينتشر به دخان قد ينحس في خصوص أما كن فيتضرر به
 جيران لا يطبخون لفسقهم وحاجتهم خصوصاً إذا كان فيهم مريض يتضرر به وكأثر بئرك من
 التضرر بقطع الشجرة المملوكة للقاطع فلا بد أن يحمل على خصوص من الضرر وهو ما يؤدى إلى هدم
 بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش وفي الذخيرة حكى عن بعض مشايخنا رجلاً سمى الله أن الدار
 إذا كانت مجاورة لدور فأراد صاحب الدار أن يبنى فيها تنورا للبخير الدائم أو رحي للطنين أو مدقة للقصارين
 يمنع منه لأنه يتضرر به جيرانه ضرراً فاحشاً قبل وأجعه وأعلى منع الدق الذي يهدم المحيطان ويوهنها
 ودوران الرحي من ذلك والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل صاحب الملك ما بداله
 مطلقاً لأنه يتصرف في خالص ملكه وإن كان يلحق الضرر بغيره لكن يترك القياس في موضع يتعدى
 ضرره إلى غيره ضرراً فاحشاً كما تقدم وهو المراد بالبين فيما ذكرنا الصذر الشهيد وهو ما يكون سبب الهدم
 وما يوهن البناء سببه أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع من الحوائج الأصلية كسد الضوء
 بالكلية على ما ذكر في الفرق المتقدم واختار الفتوى عليه وأما التوسع إلى منع كل ضرر متفيسد
 باب الانتفاع بملك الإنسان كما ذكرنا قسماً وبما ومنه ما ذكرنا البين في قسماؤه بحجرة وسطها وسطح جاره

قال (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده الخ) دار يد رجل ادعى عليه آخر أنه فيها حق وأنكر ذواليد ثم صالح منها جاز الصلح وهي مسألة الصلح على الانكار وسأقي الكلام فيه في الصلح أن شاء الله تعالى فإن قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلومية مقدره شرط صحة الدعوى ألا ترى أنه لو ادعى على إنسان شبه المصح دعواه أجاب بأن المدعى وإن كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط والجهالة فيه لا تنفي إلى المنازعة والمنازع منها ما أفضى إليها ولقائل أن يقول جهالة المدعى إما أن تكون مانعة صحة الدعوى أو لا فإن كان الثاني صح (٥٠٧) دعوى من ادعى على إنسان شيئاً

لكنهم لم تصح ذكره في النهاية تأييداً عن الفوائد الظهيرة وإن كان الأول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحح والجواب باختيار الشق الأول ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لأن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لأنه لقطع الشغب والخصام وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب أن الحاكم يقول للمدعى دعواك فاسد لا يترتب عليها شيء ويمكنه إزالة الفساد بأعلام مقداره مما يدعى فلا يكون رده مفيداً قال (ومن ادعى داراً في يد رجل الخ) إذا ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له منذ شهرين مثلاً وسلمها إليه وانما ملكه بطريق الهبة والتسليم وبجد دعواه ذواليد فمسئل البيئنة فقال لي بيئنة تشهد على الشراء لاني طلبت منه فبعدني الهبة فاضطرت إلى شرائها منه فاشترتها منه وأشهدت عليه

قال (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة الصلح على الانكار) وسند كرها في الصلح أن شاء الله تعالى والمدعى وإن كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط فلا تنفي إلى المنازعة على ما مر قال (ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت كذا فاستل البيئنة فقال لي في الهبة فاشترتها منه متساويان فأخذ جاره حتى يتخذه حائطاً بينه وبين جاره ليس له ذلك فلأراد أن يمنع من الصعود حتى يتخذ ستره أن كان إذا صعد يقع بصره في دار جاره لم يمنع وإن كان لا يقع لكن يقع إذا كانوا على السطح ليس له المنع قال في فصول العمداد وعلى قياس المسئلة المتقدمة وهي أن لا يمنع صاحب الساحة من أن يفتح صاحب العلو كوة ينبغي أن يقال في هذه ليس الجار حق المنع من الصعود وإن كان بصره يقع في دار جاره ألا ترى أن محمد درجه الله لم يجعل لصاحب الساحة حق منع صاحب البناء عن فتح الكوة في علوه مع أن بصره يقع في الساحة والمراد من قوله يأخذ جاره بيناء الساحة أن يشاركه في بنائها إلا أن يستقل هو بذلك ويدل عليه بعض العبارات في كتاب الحيطان دارين رجلين قسمهاها وقال أحدهما بنيت جارة بيننا ليس على الآخر اجابته وإن كان أحدهما يؤذى الآخر بالاطلاع عليه كان للقاضي أن يأمرهما ببنائه يتخارجان نفقته بقدر حصه كل منهما فيفعله القاضي للصحة وتطيرها في فناوى أبي البشر رجل في داره شجرة فصر صاذاً فارتقاها يطلع على عورات الجار يمنعه القاضي منه إذا رآه قال في الذخيرة وعلى قياس مسألة فتح الكوة ليس للجار ولا له المرافعة ولا للقاضي المنع انتهى ولقد أحسن الصدر الشهيد في واقعاته حيث قال المختار أن المرتضى يجبرهم وقت الارتقاء مرة أو مرتين حتى يستر وأنفسهم لأن هذا جاعل بين الحقيقين (قوله ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة الصلح على الانكار وسند كرها في الصلح أن شاء الله تعالى) ونقل في النهاية عن بعضهم أنه أراد بالدعوى مقداراً معيناً كالثلث ونحوه لتصح الدعوى فإنها لا تصح مع جهالة المدعى به ونقل عن والظهير الذين أنه كان يقول الصلح عن الدعوى انما يصح إذا كانت صحيحة لأن الصلح انما يصح لاقتداء العيين واليمين انما تتوجه إذا صحت الدعوى قال وهو هذا يشك على قول أبي حنيفة فإنه لو ادعى رجل على امرأته كذا حاقصاً لحسنه على مال دفعته إليه صح مع أن اليمين لا تنصرف في النكاح عنده فالحق أن الصلح يتحقق لدفع الشغب والخصام صحت الدعوى أو لم تصح ولذلك قال المصنف (والمدعى وإن كان مجهولاً فالصلح عن مجهول على معلوم جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط فلا تنفي إلى المنازعة) يعني وهو المانع (قوله ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت) يعني ذكر وقتا عينه كقوله منذ شهرين وسلمها إلى فلان فليكن ما هو الآن في يده وأطالبه بدفعها إلى فطالبه القاضي بالبيان فقال ليس لي بيئنة على الهبة بل على الشراء لأنه بعد الهبة والتسليم ظفر بها فحبسها عني فاشترتها منه

(قوله فإن قيل كيف يصح الصلح الخ) أقول الانسب أن يقرر السؤال الأول هكذا كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى جهالة مقدره لسائر العقود فيفسد الصلح أيضاً ويوجب بأن المفسدة هي الجهالة المفضية إلى النزاع وهذه ليست كذلك لأنها جهالة في الساقط وأما على تقريره فلا يرتبط الجواب الأول بل الجواب حينئذ هو ما أجيب به عن السؤال الثاني كما يظهر بالنأمل الصادق (قوله لجهالة المدعى) أقول فلا تصح الدعوى فلا يتوجه العيين على المدعى عليه حتى يقتدى بالصلح على ما سيجيء (قوله لأنه لقطع الشغب) أقول ولا يلزم أن يكون لاقتداء العيين على ما كتبنا من النهاية ومعراج الدراية في الهامش

وأقام البينة على الشراء فان شهدت على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض من وجهين أحدهما من حيث ان المدعى ادعى الشراء بعد الهبة حيث قال بخدني الهبة فاشترى بها ثمنه والفاء للعقب والشهود شهدوا بشراء قبلها فكانت الشهادة مخالفة للدعوى والثاني من حيث الدعوى نفسها ان ثبت موجب الشهادة فهو تقدم وقت الشراء على وقت الهبة لانه حينئذ يكون قائلا وهب لي هذه الدار وكانت ملكا لي بالشراء قبل الهبة فكيف ثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشراء وان شهدوا بالشراء بعد الوقت الذي ادعى فيه الهبة قبلت (٥٠٨) شهادتهم لوضوح التوفيق ووقع في بعض النسخ وهم يشهدون به قبله أي قبل عقد

وأقام المدعى البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل بينته (لظهور التناقض اذ هو يدعى الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل بخدني الهبة فاشترى بها ثمنه لم يقبل أيضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعدت مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عندها (ومن قال لا آخر اشترى مني هذه الحمار به فأنكر الآخر ان أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يظاها لان المشتري لما جحد كان فسحان من جهته اذ الفسخ ثبت به كما اذا تجاحدا

وأقام بينة فشهدوا وأرخوا وقتا قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة (لا تقبل لظهور التناقض) بين الدعوى والبينة لان الدعوى ان الشراء في تاريخ بعد تاريخ الهبة وهم يشهدون بانه قبل الهبة وبين نفس اجزاء الدعوى لانه بمقتضى البينة وقوله كما أنه قال وهب لي هذا الشيء وكان ملكي بالشراء قبل فلا يثبت الملك بالهبة بعد الشراء فكان مناقضا (ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق) الذي وفقه (ولو ادعى الهبة) يعني وأرخ فطوب بالبينة (فقامت على الشراء قبله ولم يقل بخدني الهبة فاشترى بها) توفيقا (لم تقبل أيضا ذكره في بعض النسخ) كما أنه يريد نسخ الاصل (لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعدت مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملك الواهب عندها) أي عند الهبة ولو لم يؤرخ الشراء تقبل البينة كما لو ذكر تاريخا بعد الهبة لا مكان الحمل على ما ينبغي به التناقض وهذا على احدى الروايتين في تصحيح الدعوى اذا أمكن التوفيق وان لم يوفق المدعى وشاهده ما ذكر في رجل ادعى دارا في يد رجل انهما داره اشتراهما من أبيه في صحته وهو ينكر وأقام المدعى على ذلك بينة ولم ترك أولم تقم بينة وحلف المدعى عليه ثم أقام بينة انهما داره ورثها من أبيه قبل القاضي بينته ولا يكون دعواه الارث تنافضا ولو ادعى الارث من الاب أو الأم ثم ادعى الشراء منه بعد ذلك وأقام عليه بينة لا يقضى له بالدار لا مكان التوفيق في الاول بخلاف الثاني قال شيخ الاسلام اذا أمكن التوفيق تصح الدعوى وان لم يدع المدعى التوفيق وفي دعوى المبسوط اشارة الى انه لا تقبل بينة الا أن يوفق المدعى فكان التوفيق من المدعى شرط في رواية وليس شرط في أخرى وفي المحيط قيل ما قالوا يوفق بغير دعوى المدعى قياس وما قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسان فان قيل ينبغي أن لا تقبل هذه البينة لانه يدعى شراء ما ملكه بالهبة والتسليم أجيب بأن سائر العقود تنسخ بالتجاحد الا النكاح وهذا كذلك فان الفسخ يتحقق من جهة الواهب فيجحد به وحين أقدم الآخر على الشراء منه فقد رضى بذلك فانقصت الهبة بتراضيهما فاذا اشترى هو ذلك فقد اشترى ما لا يملكه (قوله ومن قال لا آخر اشترى مني هذه الحمار به فأنكر ان أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يظاها) وجهين أحدهما (أن المشتري لما جحد كان فسحان من جهته اذ الفسخ ثبت بالجحد كما اذا تجاحدا)

الهبة أو وقتها وفي بعضها قبلها أي قبل الهبة وكذا في قوله ولو شهدوا به بعده ولو كان المدعى ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبل عقد الهبة أو وقتها ولم يقل بخدني الهبة فاشترى بها منه لم تقبل أيضا لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشراء قبلها رجوع عنه فعدت مناقضا وأما اذا ادعى الشراء بعد الهبة قبلت لانه يقرر ملك الواهب عندها فليس بمناقض قيل ينبغي أن لا تقبل في هذه الصورة أيضا لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة وأجيب بأنه لما جحد الهبة فقد فسحها من الاصل وتوقف الفسخ في حق المدعى على رضاه فاذا أقدم على الشراء منه فقد رضى بذلك الفسخ فيما بينهما فانقصت الهبة بتراضيهما واشترى ما لا يملكه فكان صحيحا قال (ومن قال لا آخر اشترى مني هذه الحمارية الخ) رجل قال لا آخر اشترى مني

منى هذه الحمارية فأنكره ان أجمع على ترك الخصومة أي عزم بقلبه وقيل أن يشهد به لانه على العزم بالقلب معا أن لا يجاحد معه وسعه أي حل له أن يظاها لانه لان المشتري لما جحد العقد كان ذلك فسحان من جهته اذ الفسخ ثبت به لان الجحد انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع له من الاصل فيتلاقيان بقاء فجاز أن يقوم أحدهما مقام الآخر كما لو تجاحدا فانه يجعل فسحا لا محالة (قوله ان ثبت موجب الشهادة) أقول وجعلناه مدعى على وفقها قال المصنف (بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة) أقول المراد هو الدعاء الثابت بموجب الشهادة تأمل

فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين قيل لو جاز قيام الجود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لا مرة أحد زوجها النكاح وعزمت على ترك الخصومة أن تزوج بزواج آخر إقامة لهما مقام الفسخ لكن ليس له ذلك وأجيب بأن الشيء يقوم مقام غيره إذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد الزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فإن قيل مجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الخيار على الفسخ فإن العقد لا يفسخ بمجرد عزمه تنزل المصنف في الجواب فقال وبمجرد العزم أن كان لا يثبت به الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو امسالك الجارية ونقلها من موضع الخصومة إلى بيته وما يضاهايه كالاستخدام لأن ذلك لا يحل بدون الفسخ فتحقق الانقضاء لوجود الفسخ منه دالة وبه يندفع ما قال زفرانه لا يحل له وطؤها لأن البائع متى باعها من المشتري بقيت على ملكه ما لم يبعها أو يتقايلا ولم يوجد ذلك لأن التقابل موجود دالة (قوله ولأنه) دليل آخر فإن المشتري لما جدد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر رضا البائع وقواته وجب الفسخ لقوات ركن البيع فيستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخا على ما مر والفرق بين الدليلين أن الانقضاء كان في الأول مترتبا على الفسخ من الجانبين وجعل (٥٠٩) جوده فسخا من جانبه والعزم

على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني يترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده قال (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم الخ) ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا أو ثمن سلعة له عنده أو غير ذلك ثم قال انه زوف صدق سواء كان مقصولا أو موصولا دل على ذلك دالة ثم في الكتاب والتصريح به في غيره وفي بعض نسخ الجامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى ههنا واحد والحكم فيهما سواء ووجه ذلك أن الزوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة بدليل أنه لو تجاوز به فيما لا يجوز الاستدلال في بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنسها كان التجويز

فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم أن كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امسالك الجارية ونقلها وما يضاهايه ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فأتى رضا البائع فيستبد بفسخه قال (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زوف صدق) وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض أيضا

معاجبت بنفسه قطعاً (فإن عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ) وأورد عليه أن مجرد العزم لا يحصل به الفسخ ألا ترى أن من له خيار الشرط إذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا يفسخ الجواب بأن المراد العزم المؤكد بفعل اقترن به من امساكها أو نقلها إلى بيته فإن امساكها لا يحل بل الفسخ فكان الفسخ ثابتاً به دالة كمن قال لا أخر أجرتك هذه الدابة يوماً بكذا التمر كها إلى مكان كذا فأخذ المستأجر ليركبها كان ذلك قبولا دالة لأن الأخذ والاستعمال لا يحل إلا قبول وفي المحيط نفس العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكفي بمجرد النية وبني في القوائد الظهيرية عليه فراجع في الجامع اشترى عبداً ثم باعه من آخر فجدد المشتري الثاني البيع فخاصمه المشتري الأول إلى القاضي ولا يثبت له فعزم المشتري الأول على ترك الخصومة ثم اطلع على عيب كان عند البائع الأول وأراد رده فاحتج البائع الأول عليه بدعواه البيع على الثاني فإن كان عزم المشتري على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني يرد أو قبله فلا لأنه غير مضطر في فسخ البيع الثاني وهذا بخلاف ما لو جدد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تزوج والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الأسباب الوجه الثاني التزام أن الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فأتى رضا البائع فيستبد بفسخه لقوات شرط البيع وهو التراضي وسند كرتنظر صاحب الكافي في تدافع الوجهين قريباً (قوله ومن أقر) هنا مسائل الإقرار بالقبض ومسائل الإقرار بالدين أما مسائل القبض ما إذا أقر (انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو أيضاً القبض) يعني أقرانه قبض من مدينه بدين قرض

استبد الا وهو فيها لا يجوز كما تقدم فإن قيل الإقرار بالقبض يستلزم الإقرار بقبض الحق وهو الجهاد جلاله على ماله حق قبضه لا ماله ليس له ذلك ولو أقر بقبض حقه ثم ادعى أنه زوف لم يسمع منه فكذا هذا إذا جاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجهاد وهو منع للضرورة وقوله جلاله على ماله حق قبضه مسلم والزوف له حق قبضه لأنه دون حقه وإنما المنوع من القبض ما يز يدعى حقه وإذا لم يكن القبض مختصاً بالجهاد فالإقرار به لا يستلزم الإقرار بقبض الجهاد فبدعواه الزوف لم يكن متناقضاً بل هو منكر قبض حقه والقول قول المتكر باليمين والنهر جة كلز يوف لكونها من جنس الدراهم لما تقدم

(قوله تنزل المصنف في الجواب الخ) أقول في العبارة تسامح (قوله لأن ذلك لا يحل بدون الفسخ) أقول فيه شيء حيث يفهم منه أن يتقدم الفسخ على النقل وما يضاهايه والمفهوم من السياق هو التأخر وتوجيه غير خفي (قوله لقوات ركن البيع) أقول فيه بحث لأن الرضا شرط الآن يجعله ركناً مجازاً (قوله أو ثمن سلعة) أقول فيه بحث (قوله ثم قال انه زوف) أقول أي المقبوض زوف (قوله دل على ذلك الخ) أقول أي على استوائهما فإنه إذا صدق في قوله مقصود لا على ما يدل عليه ثم يعلم تصديقه موصولاً بالطريق الأولى

وعلم من هذا أنه لو أقر بالحياد وهو حقه أو بحقه أو بالثمن أو بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زبواً ونهرجة لم يصدق لأقراره بقبض الحياد من يحاقب الأول ودلالة في الباقي لأن حقه في الحياد والثن حياد والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزبوف متناقضاً ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وأنكره فإن القول بقول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لأن المشتري أقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول بقوله فكان من القميل الثاني أعني المقر بقبض الحق فلا يرد نقضاً على القميل الأول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فإنه إذا أقر أنه قبض الدراهم بالحياد ثم ادعى أنها زبوف فإنه لا يصدق لا مفصولاً ولا موصولاً وبما بقي لا يصدق مفصولاً ولكن يصدق موصولاً والفرق هو أن في قوله قبضت مالى عليه أوحى عليه جعل مقرب قبض القدر والجودة بلفظ واحد فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح كالأول قال لفلان على ألف الأمانة فأما إذا قال قبضت عشرة حياد فقد أقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فإذا قال إلا أنها زبوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كن قال لفلان على مائة درهم ودينار الأمانة كان الاستثناء باطلاً وإن ذكره موصولاً كذا ههنا (قوله وفي الستوة لا يصدق) يعني لو أدها بعد الإقرار بقبض العشرة لم يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجوز فكان متناقضاً في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقاً وليس كذلك ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الإقرار ما يدل على أنه إن ادعى الرصاص بعد الإقرار بقبض الدراهم أن كان مفصولاً لم يسمع وإن كان موصولاً يسمع والستوة أقرب إلى الدراهم من الرصاص فإذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوة أولى وكان الاعتراضين وقعاً للذهول عن التدقيق (٥١٠) في كلام المصنف فإن كلامه فيما إذا قال مفصولاً بدلالة قوله ثم ادعى

فأنه للترخي ولا نزاع في غير الزبوف والنهرجة أنه إذا ادعاه لا يقبل مفصولاً وأما أنه هل يقبل موصولاً أو لا لم يصرح بذلك كره اعتماداً على أنه لما كان بيان تغيير وهو لا يقبل مفصولاً ويقبل موصولاً وذكر أحد الجانبين فهم الجانب الآخر بقى الكلام فيما إذا أقر بالدراهم

الحياد وادعى أنها زبوف فإنه لا يقبل مفصولاً ولا موصولاً كما تقدم ويجب أن ذلك بأن المنع هناك عن قبول الموصول أنما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر لأن حيث أنه بيان تغيير إن صح ذلك عن الاحتجاب أو عن المشايخ وقد اختاره المصنف

فإنه لو أقر بالحياد وهو حقه أو بحقه أو بالثمن أو بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زبواً ونهرجة لم يصدق لأقراره بقبض الحياد من يحاقب الأول ودلالة في الباقي لأن حقه في الحياد والثن حياد والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزبوف متناقضاً ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وأنكره فإن القول بقول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لأن المشتري أقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول بقوله فكان من القميل الثاني أعني المقر بقبض الحق فلا يرد نقضاً على القميل الأول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فإنه إذا أقر أنه قبض الدراهم بالحياد ثم ادعى أنها زبوف فإنه لا يصدق لا مفصولاً ولا موصولاً وبما بقي لا يصدق مفصولاً ولكن يصدق موصولاً والفرق هو أن في قوله قبضت مالى عليه أوحى عليه جعل مقرب قبض القدر والجودة بلفظ واحد فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح كالأول قال لفلان على ألف الأمانة فأما إذا قال قبضت عشرة حياد فقد أقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فإذا قال إلا أنها زبوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كن قال لفلان على مائة درهم ودينار الأمانة كان الاستثناء باطلاً وإن ذكره موصولاً كذا ههنا (قوله وفي الستوة لا يصدق) يعني لو أدها بعد الإقرار بقبض العشرة لم يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجوز فكان متناقضاً في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقاً وليس كذلك ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الإقرار ما يدل على أنه إن ادعى الرصاص بعد الإقرار بقبض الدراهم أن كان مفصولاً لم يسمع وإن كان موصولاً يسمع والستوة أقرب إلى الدراهم من الرصاص فإذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوة أولى وكان الاعتراضين وقعاً للذهول عن التدقيق (٥١٠) في كلام المصنف فإن كلامه فيما إذا قال مفصولاً بدلالة قوله ثم ادعى

فإنه لو أقر بالحياد وهو حقه أو بحقه أو بالثمن أو بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زبواً ونهرجة لم يصدق لأقراره بقبض الحياد من يحاقب الأول ودلالة في الباقي لأن حقه في الحياد والثن حياد والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزبوف متناقضاً ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وأنكره فإن القول بقول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لأن المشتري أقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول بقوله فكان من القميل الثاني أعني المقر بقبض الحق فلا يرد نقضاً على القميل الأول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فإنه إذا أقر أنه قبض الدراهم بالحياد ثم ادعى أنها زبوف فإنه لا يصدق لا مفصولاً ولا موصولاً وبما بقي لا يصدق مفصولاً ولكن يصدق موصولاً والفرق هو أن في قوله قبضت مالى عليه أوحى عليه جعل مقرب قبض القدر والجودة بلفظ واحد فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح كالأول قال لفلان على ألف الأمانة فأما إذا قال قبضت عشرة حياد فقد أقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فإذا قال إلا أنها زبوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كن قال لفلان على مائة درهم ودينار الأمانة كان الاستثناء باطلاً وإن ذكره موصولاً كذا ههنا (قوله وفي الستوة لا يصدق) يعني لو أدها بعد الإقرار بقبض العشرة لم يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجوز فكان متناقضاً في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقاً وليس كذلك ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الإقرار ما يدل على أنه إن ادعى الرصاص بعد الإقرار بقبض الدراهم أن كان مفصولاً لم يسمع وإن كان موصولاً يسمع والستوة أقرب إلى الدراهم من الرصاص فإذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوة أولى وكان الاعتراضين وقعاً للذهول عن التدقيق (٥١٠) في كلام المصنف فإن كلامه فيما إذا قال مفصولاً بدلالة قوله ثم ادعى

درهم من ثمن مبيع أو فرض أو اجارة إلا أنها زبوف أو نهر جنة لم يصدق في دعوى الزيادة وصل أم فصل
في قول أبي حنيفة وعندهما يصدق أن وصل لأن فصل ولو قال لفان على ألف درهم من غير ذكر
سبب تجارة أو غصب قال بعض المشايخ هو على الخلاف أيضا لأن مطلق الاقرار بالدين ينصرف إلى
الالتزام بالتجارة أذهو الاتفاق بحال المسلم وقيل يصدق هنا إذا وصل بالاتفاق لأن صفة الجودة نصير
مستحقة بعقد التجارة فإذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا نصير صفة الجودة مستحقة وتأني الحجج أن
شاء الله تعالى من الجانبين وقال الشافعي وأحمد إذا فصل لا يقبل في جميع الصور لأنه كما ذكر العشرة
فهم الجياد وقوله هي زبوف رجوع عما أقرب قلنا في مسئلتنا إنما أقر بقبض الدراهم وقبض
الدراهم لا يختص بالجياد لأن اسم الدراهم لا يختص بالجياد بل يقع على الزبوف والنهر جنة
فإذا قال هي زبوف أو نهر جنة كان حاصله أنه اعترف بقبض عدة من الدراهم منكرًا أنه
قبض حقه أعني الجياد فيصدق مع عينه إذا كان الآخر يكذب ولم يكن رجوعًا عن شيء لأن
الاعم يصدق على كل أحد فإذا اتفق أنه بعد ما صدق عليه بعينه وأنه محاصد فانه لا يكون
مناقضًا بخلاف ما لو قال هي ستوفة أو رصاص لا يقبل لأنها ليست من جنسها فكان رجوعًا وأما
لو اعترف أنه قبض الجياد وحقه أو الثمن أو استوفى ماله عليه لا يصدق في دعواه الزبوف والنهر جنة
لأنه في هذه قرر بقبض الجياد صريحًا في الأول ودلالة فيما بعده لأن حقه والثمن وكذا بدل الاجارة هي
الجياد قال في النهاية جمع المصنف بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها
على السواء فانه إذا أقر بقبض الجياد ثم ادعى أنها زبوف لا يصدق لا موصولا ولا مفصلا وفيما بقي
يصدق موصولا ولا مفصلا والذوق أن قوله قبضت مالى عليه أوجب اقرار بقبض القدر والجودة بلفظ
واحد فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما لو قال على ألف الامانة أما إذا
قال قبضت عشرة جياد فقد أقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فإذا قال إلا أنها
زبوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما إذا قال على مائة درهم ودينار الدينار
فإن الاستثناء باطل وإن كان موصولا فإن قيل يجب أن لا يصح استثناء الجودة وإن دخلت تحت الاقرار
بلفظ واحد لأن الجودة تبع للدراهم وصفة لها واستثناء التبع موصولا لا يصح كاستثناء البناء من
الدار لا يصح وإن كان موصولا قلنا إنما لا يصح استثناء البناء لأنه دخل تحت اسم الدار تبعًا فلا يجوز
إخراجه موصولا وأما الجودة فدخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لأنه أقر بقبض ماله عليه وكما عليه
تسلم الوزن عليه الجودة فكانت داخله تحت قوله مالى عليه وحق عليه مقصودا لا تبعًا فيجوز استثناءه
موصولا انتهى وقال صاحب الدراية بعد أن نقله فيه نوع تأمل وعندى أن التأمل يشده لا يريده وكأنه
والله أعلم أشكل عليه تبعية الجودة لما ذكر في السؤال من أنها تبع وصفة للدراهم والصفة أبدأ تابعة
لوصف وهذا موعن قوله دخلت تحت اللفظ مقصودا فحاصل رده على السائل أن ما يكون تبعًا
في الوجود قد يكون مقصودا للتكلم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصودا من اللفظ كقصده
الباقى سواء كان تبعًا في الوجود له أو أصلا مثله وإنما كانت الستوفة ليست من جنس الدراهم لأن غشها
غالب واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة إلى الغالب متعين فإذا كان الغالب هو الغش فليست
دراهم الاستحسان ولذا قيل هو معرب سه طاقه يعني ثلاث طاقات الطاق الأعلى والأسفل فضة والأوسط
نحاس وهي شبه الموهو وقعت في النهاية إطلاق قوله في الستوفة لا يصدق بل ذلك إذا قال مقصودا أما
في الموصول يجب أن يصدق لأنه قال في اقرار الموصول لو أقر أنه قبض خمسة مائة درهم عماله على المديون
ثم قال بعد ما سكت هو رصاص لم يصدق لأن اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة وإن قال موصولا
فالقول قوله لأن الرصاص من الدراهم صورة وإن لم يكن من ماله معني فكان بيانًا مغيبًا للظاهر كلامه إلى

فانه ماء زاه إلى شيء من
السخ وتغيبه باستثناء
الدينار قد لا ينهض لأن
الجودة وصف لا يصح
استثناءه فكأنه لم يستثن
ثم فسر الزبوف بما ريفه
بيت المال أي رده والنهر جنة
بما رده التجار ولعله أردأ
من الزيف والستوفة
ما يغاب عليه الغش فيسل
هو معرب ستو وهي أردأ
من النهر جنة حتى خرج
من جنس الدراهم

(قوله لا يصح استثناءه)
أقول مطلقا وإذا كان
دخوله في المستثنى منه
تبعًا لمقصودا والثاني مسلم
ولا كذلك فيما نحن فيه
والاول ممنوع

قال (ومن قال لا خير لك على ألف درهم الخ) اعلم أن الإقرار إما أن يكون بما يحتمل الإبطال أو بما لا يحتمل له فإن كان الأول فإما أن يستقل المقر باثباته أو لا والاول يرتد برده المقر له مستقلا بذلك كما أن المقر يستقل باثباته والثاني يحتاج الى تصديق خصمه فعلى هذا إذا قال لا خير لك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء لأن المقر أقر بما يحتمل الإبطال وهو مستقل باثبات ما أقر به (٥١٣) لا محالة وقد رده المقر له فيرد وقوله بل لي عليك ألف درهم غير مفيد لانه دعوى

قال (ومن قال لا خير لك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء) لأن إقراره هو الاول وقد ارتد برده المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق خصمه بخلاف ما إذا قال لغيره اشتريت وأنكر ألا خير له أن يصدقه لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد والمعنى أنه حقه ما بقي العقد فعمل التصديق أما المقر له يتفرد برده الإقرار فاقترقا

ما هو محتمل فيصح موصولا في السئومة أولى لأن الرصاص أبعد منها إلى الدراهم وذكر المحبوب في جامعه مصر حاقا قال فاما إذا قال وجدتهم استوفية أو رصاصا قال شيخ الاسلام خواهر زاده ذكر محمد انه يصح اذا كان موصولا وقد من أن القول قول القابض مع عيینه فلا يعين على الطالب انها كانت جديدا في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أحلفه اذا اتهمته (قوله ومن قال لا خير لك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء) أو قال هي لك أو قال هي لفلان فقد رد إقراره فلو عاد الى تصديقه وادعى الالف لم يسمع منه إلا ان عاد المقر الى الإقرار به بعد رد المقر له فصدقه بعد الإقرار الثاني فإنه ثبت استحسانا لاقباسا بخلاف ما لو أقر سيد العبد بنسبه لانسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الإقرار بالنسب لا يرتد بالرد حتى كان للراد أن يعود ويدينه فلما لم يطل بالرد بقي مقرا بنسبه لغيره فلا يمكن أن يدعيه لنفسه (ولو كان الإقرار بسبب المال مثل أن يقول اشتريت مني وأنكره أن يعود) (بصدقه لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ) فانكاره ان كان فسحا من جهته لا يحصل به الانفساخ وكان العقد قائما بعد انكاره فله أن يصدقه بعد ذلك (أما المقر له) بالمال (فيتفرد بالرد فاقترقا) وناقضه في الكافي بأنه ذكره ان أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ وفيما تقدم يعني من مسألة التجاحد قال ولانه لما تعذرا استيفاء الثمن من المشتري فان رضا البائع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلاميه صعب انتهى وهو صحيح ويقتضى انه لو تعذرا لاستيفاء مع الإقرار بأن مات ولا يمينه أن له أن يفسخ ويستمتع بالجارية فالوجه ما قدمه أولا (وهذه فروع) ذكرها في النهاية لو صدقه ثم رد إقراره لا يرتد ولو هبت المرأة صدقها زوجها وقبل ثم رده فرده باطل وكذا الوكيل المدون الأبراه ثم رده وكذا لو قال لعبد هبت لك رقبتك فرده لا يرتد بالرد لانه اعتاق هذا كله في رد المقر له إقرار المقر فاما لو رد المقر إقراره بنفسه كأن أقر بقبض المبيع أو الثمن ثم قال لم أقبض وأراد تخليف الآخر أنه أقبضه أو قال بعد أن أقر بقبض المبيع لم أقبض أو قال هذا فلان ثم قال هولي وأراد تخليف فلان أو أقر بدين ثم قال كنت كاذبا وأراد تخليف الدائن أنه أقبضه لا يخلف في المسائل كلها عند أبي حنيفة ومحمد لانه متناقض فهو كما لو قال ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه ما لا وأراد تخليفه لا يحلف وعند أبي يوسف والشافعي يحلف وهو رواية عن أحمد لان العادة جرت على هذه الاشياء قبل تحققها تحرزا من امتناع القابض عن الاشهاد بعد أن يسلمه فيجب أن يراعي العادة وصار كما لو أقر بالبائع وقال كان ناعته وطلب عين الآخر حلف عليه كذا هذا وقال الصمد الشاهد الراي في التخليف الى القاضي يريد أنه يحتمل في

فلا بد لها من حجة أي بينة أو تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر بان يارزمه المال استحسانا وإذا قال اشتريت مني هذا العبد فأنكره أن يصدقه بعد ذلك لأن إقراره وان كان بما يحتمل الإبطال لكن المقر لم يستقل باثباته فلا يتفرد أحد المتعاقدين بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد يعني المقر له لا يتفرد بالرد كما أن المقر لا يتفرد باثباته والمعنى أنه حقه ما بقي العقد فعمل التصديق بخلاف الاول فان أحدهما يتفرد بالاثبات فيتمرد الآخر بالرد قلت ان عزم المقر على ترك الخصومة وجب أن لا يقيمه التصديق بعد الانكار فان الفسخ قد تم ولهذا لو كانت جارية حل وطؤها كما تقدم ويجوز أن يقال ان قوله ثم قال في مكانه إشارة الى الجواب عن ذلك فان العزم والنقل كانا دليل الفسخ وبه سقط ما قال في الكافي ذكر في الهداية ان أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ وذكر قبله ولانه لما تعذرا استيفاء الثمن من المشتري فان رضا البائع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب وذلك لانه قال لما تعذرا استيفاء الثمن يستبد وهنالمأقر المشتري في

فيسبب بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب وذلك لانه قال لما تعذرا استيفاء الثمن يستبد وهنالمأقر المشتري في خصوص مكانه بالشرا لم يتعذرا لاستيفاء فلا يستبد بالفسخ وان كان الثاني كما إذا أقر بنسب عبده من انسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت منه النسب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الإقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الإبطال فلا يرتد بالرد وان وافقه المقر على ذلك قال المصنف (فلا بد من الحجة) أقول كيف تقبل حجته وهو مناقض في دعواه تأمل في جوابه (قوله فان العزم والنقل الخ) أقول النقل قد يكون بالامر للغلام نفسه ولغيره والا فمن في مكانه

قال (ومن ادعى على آخر ما لا يخ) اذا ادعى على آخر ما لا يقال ما كان لك على شيء قط ومعناه اني الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق فأقام المدعى البينة على ما ادعاه وأقام المدعى عليه البينة انه قضاء أو على البراءة قبلت بينته وقال زفر وهو قول ابن أبي ليلى انها لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فكان مناقضا في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ألا ترى أنه يقال قضي بباطل كما يقال قضي بحق وقد يصلح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك على شيء والمسئلة بمحالها لان التوفيق أظهر لان ليس (٥١٣) لنفي الحال فاذا أقام المدعى البينة على

المدعى به والمدعى عليه على القضاء أو البراءة قبل زمان الحال لم يتصور تناقض أصلا فالوادع المسئلة على قبول البينة عند إمكان التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاص لمسئلة الكتاب بفصل دعوى

القصاص والرق فقال ألا ترى انه لو ادعى على رجل دم عمد فلما ثبت عليه أقام المدعى عليه بينة على البراءة والعفو أو الصلح معه على ما قبلت وكذا لو ادعى رقيمة جارية فأنكرت وأقام البينة على رقيتها ثم أقامت هي بينة على انه أعنتها أو كاتبها على ألف وانما أدت الألف اليه قبلت ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك أو ما أشبهه كقوله ولا رأيتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسئلة بمحالها لم تقبل بينته على القضاء وكذا على البراءة لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين أخذوا عطاء وقضاء واقضاء ومعاملة بلا خلطة ومعرفة وذكر القدوري عن أصحابنا انه أيضا تقبل لان المحجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على

قال (ومن ادعى على آخر ما لا يقال ما كان لك على شيء قط فأقام المدعى البينة على ألف وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته) وكذلك على البراءة وقال زفر رحمه الله لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ألا ترى أنه يقال قضي بباطل وقد يصلح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك على شيء قط لان التوفيق أظهر (ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك لم تقبل بينته على القضاء) وكذا على البراءة لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين أخذوا عطاء وقضاء واقضاء ومعاملة بدون المعرفة وذكر القدوري رحمه الله انه تقبل أيضا لان المحجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فبما بر بعض وكلاهما براضاه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق

خصوص الوقائع فان غلب على ظنسه انه لم يقبض حين أقروا وشهد بخلف له خصمه وان لم يغلب على ظن فيه ذلك لا يحلفه وهذا انما هو بالتفرس في الاختصاص والله الهادي (قوله ومن ادعى على آخر ما لا) معلوم القدر وما تصح به الدعوى (فقال) المدعى عليه (ما كان لك على شيء قط فأقام المدعى البينة على ألف وأقام هو بينة على القضاء قبلت بينته وكذلك) لو أقامها (على البراءة وقال زفر لا تقبل) ونقل عن ابن أبي ليلى (لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكر الوجوب) حيث قال ما كان لك على شيء قط فاذا أقام بينة على انه قضاء ناقض (ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى دفعا للشغب) وان لم يكن عليه حق (ويبرأ منه) لذا (يقال قضي بباطل و) أيضا (قد يصلح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك على شيء قط لان التوفيق أظهر) لانه نفي في الحال وهو لا يستلزم النفي مطلقا بل هو القضاء أو البراءة بعد اللزوم فينتفي في الحال بعد وجوده وهذا الاطلاق يقتضي قبول البينة اذا احتاج الى التوفيق من غير دعوى التوفيق وفي بعض المواضع شرط محمد دعوى التوفيق ولم يذكر في بعض المواضع فقيل بشرط الدعوى في الكل ويحمل ما سكت فيه على ما ذكر فيه حتى قال في الاقضية لا ينبغي للقاضي أن يوفق لانه نصب لفصل الخصومات لا لانشاء اولان القاضي لا يدرى ما يوفق به المدعى وفي الفوائد الظهيرية كان والدي يفتي بأن التوفيق اذا كان ممكنًا يجب على الحاكم التوفيق كي لا تعطل جميع الشرع والتوسط في هذا أن وجه التوفيق اذا كان ظاهرا متبادرا يجب أن يسمع البينة بلا توفيق المدعى كقوله ليس لك على شيء ثم أقامها على انه قضاء وشهود وان كان متكلفا لا يعتبره القاضي واقعاما لم يذكره المدعى والله سبحانه أعلم وذلك مثل قوله وهبالي ثم أنكر فاشترتها وكذا فيما أتى في الجارية لم أبعها له ولا يمكن أقام بينة كاذبة بالبيع فسألته أن يبرئني من العيوب فان مثل هذا في الحقيقة تلقين للحجة هذا (فلو) زاد على ذلك (فقال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك) أو قال ولا رأيتك أو قال ولا جرى بيني وبينك مخالطة ولا أخذوا عطاء أو ما اجتمعت معك في مكان وما أشبه ذلك ثم أقام بينة على القضاء أو البراءة (لم) تقبل لتعذر التوفيق (وذكر القدوري) عن أصحابنا (انه تقبل أيضا لان المحجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فبما بر بعض ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق) فعلى هذا قالوا

(٦٥ - فتح القدير خامس) بابه فبما بر بعض وكلاهما براضاه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكنًا قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته وقيل تقبل البينة على البراءة في هذا الفصل بانفاق الروايات لانه يتحقق بالامعرفة قال المصنف (ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ) أقول مخالف لما سأتى في الاقرار في تعليل كون قوله قضيتكمها اقرارا قال المصنف (وكذا اذا قال ليس لك لا يخ) أقول لان ليس لنفي الحال في وضع اللغة فلا يكون مناقضا في دعوى القضاء لا ظاهرا ولا حقيقة بخلاف قوله ما كان لانه لنفي الماضي فيكون مناقضا من حيث الظاهر

قال (ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه الخ) ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه فقال المدعى عليه لم أبعها منك قط فأقام المدعى البينة على الشراء (٥١٤) فوجد بها عيبا لم يحدث مثله في مثل تلك المدة كالاصبع الرائدة وأرادردها

قال (ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته فقال لم أبعها منك قط فأقام المشتري البينة على الشراء فوجد بها اصبعاً رائدة فأقام البائع البينة أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع) وعن أبي يوسف رحمه الله أنهم تقبل اعتباراً بما ذكرنا ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضاً بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلاً على ما مر قال (ذكر حق كتب في أسفله ومن قام بهذا الذ كر الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى أو كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذ كر كاه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا إن شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بهذا الذ كر الحق وقولهما استحسان ذ كره في الاقرار) لان الاستثناء ينصرف

بحسب التفصيل فإن كان المدعى عليه عن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته والاقبلت وفي الشافى لو قال لم أدفع اليه شيئاً ثم ادعى الدفع لم يسمع لانه يستحيل أن يقول لم أدفع اليه شيئاً وقد دفعته أمالو ادعى اقراره بالدفع اليه أو القضاء ينبغي أن يسمع لان المناقض هو الذي يجمع بين كلامين وهما لم يجمع ولهذا الوصف المدعى عياناً لا يكون مناقضاً ذ كره الترتاى وقبل تقبل البينة على البراءة في هذا الفصل باتفاق الروايات لان البراءة يتحقق بالمعرفة (قوله) ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته فقال لم أبعها منك قط فأقام المدعى البينة على شرائه (ايها منه فقبضها) فوجد بها اصبعاً رائدة (أو نحوه من عيب لا يحدث مثله في تلك المدة ليعلم انه كان في يد البائع وأرادردها) فأقام البائع بينة أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل وعن أبي يوسف أنهم تقبل اعتباراً بما ذكرنا) يعنى التوفيق في الدين وقوله وعن أبي يوسف يشير الى انها ليست ظاهرة الرواية عنه ولذا لم يذكر محمد فيه خلافاً بين أصحابنا في الجامع الصغير وانما حكمه الخصاص عن أبي يوسف رحمه الله ووجه التوفيق هنا أن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سأته أن يبرئني من العيب فأبرأني وجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره وذلك يقتضى وجود أصل العقد لان الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو قد أنكره فكان مناقضاً بخلاف مسألة الدين لانه قد يقضى وإن كان باطلاً على ما مر قال (ذكر حق كتب في أسفله الخ) اذا أقر على نفسه وكتب صكاً وكتب في آخره ومن قام بهذا الذ كر الحق فهو ولي ما فيه وأراد بذلك من أخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك إن شاء الله تعالى أو

بجب التفصيل فإن كان المدعى عليه عن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته والاقبلت وفي الشافى لو قال لم أدفع اليه شيئاً ثم ادعى الدفع لم يسمع لانه يستحيل أن يقول لم أدفع اليه شيئاً وقد دفعته أمالو ادعى اقراره بالدفع اليه أو القضاء ينبغي أن يسمع لان المناقض هو الذي يجمع بين كلامين وهما لم يجمع ولهذا الوصف المدعى عياناً لا يكون مناقضاً ذ كره الترتاى وقبل تقبل البينة على البراءة في هذا الفصل باتفاق الروايات لان البراءة يتحقق بالمعرفة (قوله) ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته فقال لم أبعها منك قط فأقام المدعى البينة على شرائه (ايها منه فقبضها) فوجد بها اصبعاً رائدة (أو نحوه من عيب لا يحدث مثله في تلك المدة ليعلم انه كان في يد البائع وأرادردها) فأقام البائع بينة أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل وعن أبي يوسف أنهم تقبل اعتباراً بما ذكرنا) يعنى التوفيق في الدين وقوله وعن أبي يوسف يشير الى انها ليست ظاهرة الرواية عنه ولذا لم يذكر محمد فيه خلافاً بين أصحابنا في الجامع الصغير وانما حكمه الخصاص عن أبي يوسف رحمه الله ووجه التوفيق هنا أن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سأته أن يبرئني من العيب فأبرأني وجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره وذلك يقتضى وجود أصل العقد لان الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو قد أنكره فكان مناقضاً بخلاف مسألة الدين لانه قد يقضى وإن كان باطلاً على ما مر قال (ذكر حق كتب في أسفله الخ) اذا أقر على نفسه وكتب صكاً وكتب في آخره ومن قام بهذا الذ كر الحق فهو ولي ما فيه وأراد بذلك من أخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك إن شاء الله تعالى أو

كتب في كتاب شراء ما أدرك فيه فلان آمن درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل
الذ كر كاه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا الاستثناء ينصرف الى قوله على فلان خلاصه والى من قام بهذا الذ كر الحق والشراء صحيح والمال المقربه
لازم لانه استثناء والاستثناء ينصرف

الى ما يليه لانه الاستيثاق والتوكيد وصرفه الى الجميع مبطل فمافرض للاستيثاق لم يكن له هذا خلف باطل ولان الاصل في الكلام الاستبعاد فلا يكون ما في الصلح بعضه مرتبطا ببعض فينصرف الاستثناء الى ما يليه وهذا استحسان والجواب ان المذكور للاستيثاق مطلقا واذا لم يكتب في آخره ان شاء الله تعالى والثاني مسلم ولا كلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستبعاد اذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ولا يي حنيقة رحمه الله ان الكل فيما نحن فيه كشي واحد يحكم العطف فينصرف الى الكل كقوله قال عبده حواهر أنه طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله تعالى فانه ينصرف الى الجميع هذا اذا كتب الاستثناء متصلا من غير فرقة بياض ليصير بمنزلة الاتصال في الكلام وما اذا ترك فرقة قبيل قوله (٥١٥) ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا لا يلحق

به ويصير كفاصل السكون
وفائدة كتبه ومن قام بهذا
الذكر في الشروط اثبات
الرضا من المقر بتوكيل من
يوكله المقر له بالخصومة معه
على قول أبي حنيفة فان
التوكيل بالخصومة عنده
من غير رضا الخصم لا يصح
بلا ضرورة وكونه توكيلا
مجهولا ليس بضار لانه في
الاسقاط فان للقرآن لا يرضى
بتوكيل المقر له من يخاصم
معه لما لحقه من زيادة
الضرر بةفاوت الناس في
الخصومة فاذا رضى فقد
أسقط حقه واسقاط الحق
مع الجهالة جائز كما تقدم
وقيل هو الاحتراز عن قول
ابن أبي ليلى لانه لا يجوز
التوكيل بالخصومة من غير
رضا الخصم الا اذا رضى بوكالة
وكيل مجهول لاعن مذهب
أبي حنيفة فان الرضا بالوكالة
المجهولة عنده لا يثبت
فوجوده كعدمه

(فصل في القضاء بالمواريث)

الى ما يليه لان الذ كر للاستيناق وكذا الاصل في الكلام الاستبعاد اوله أن الكل كشي واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت والله اعلم بالصواب

فصل في القضاء بالمواريث قال (واذا مات نصراني فجات امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته

الى ما يليه لان الذ كر للاستيناق وكذا الاصل في الكلام الاستبعاد) فقام العلم بالمقصود من كتب الصك دلالة على قصر انصرافه الى الاخير هذا هو العادة وعليه يحمل الحادث لاعلى انه قد يكتب للابطال الغرض قديتفق وظاهر الوجه من الجانبين أن ان شاء الله أجري بالاتفاق مجرى الاستثناء غير أن أبا حنيفة خالف مقتضاه وهو انصراف الاستثناء الى ما يليه خاصة بسبب العطف وهما سلك لولا عروض فهم الغرض من كتبه وهو بعيد اذ لو كان كذلك لم ينصور وجود جمل متعددة ببعضها استثناء فيصرف الى الاخرة لان وجود الجمل المتعددة انما يكون بالعطف فاذا كان العطف يصيرها كواحد لزم في كل استثناء متصل بحمل منسوق بعضها على بعض أن يصرّف الى الكل ويستحيل وجود المسئلة بل الوجه أن ان شاء الله شرط وحكم الشرط اذا تعقب جملا منسوقة بعضها على بعض أن يصرّف الى الكل ولذلك لم يعق ولم تطلق ولم يلزم التذرع فيما ذكرنا شئ أبا حنيفة على حكمه وهما أخر جاصور كتب الصك من عمومها بعراض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة وهو ما ذكرناه ولذا كان قوله ما استحسنانا راجعا على قوله هذا اذا كان ان شاء الله مكتوبا متصلا بالسكابة فلو فصل بيباض وهو الفرجة صار كفاصل السكوت فلا يعمل شيئا اتفاقا وقد ورد أن هذا لكلام يقتضى انه لو لم يكتب ان شاء الله لم يبطل شئ ويلزمه صحة الوكالة للمجهول بالخصوصة في قوله ومن قام بهذا الذ كر فهو ولي ما فيه ولو قيل المجهول لا يصح أجيب بأن الغرض من الكتابة اثبات رضا المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعى فلا يمنع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصوصة عند أبي حنيفة فان التوكيل بالخصوصة لا يصح الا برضا الخصم عنده ودفع بانه لا يفيد على قوله لان اسم هذا ثبت الرضا بتوكيل وكيل مجهول والرضا بتوكيل وكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله أيضا وقيل بل فائدته التبرع عن قول ابن أبي ليسلي فانه لا يصح التوكيل بالخصوصة بلا رضا الخصم الا اذا وجد الرضا بتوكيل وكيل مجهول فحينئذ يجوز لكن ذكر في كتب المذاهب الاربعة أن عند ابن أبي ليسلي يجوز التوكيل بالخصوصة بغير رضا الخصم مطلقا

﴿فصل في القضاء بالمواريث﴾ (واذا مات نصراني فجاء امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موتي) فأنا

قد تقدم لنا الكلام فيما يجب تأخير هذا الفصل الى هذا الموضع قال (واذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة الخ) ذكرنا مسألتين مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بقبول أمر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر وهو على نوعين أحدهما أن يقال كان ثابتا في الماضي فيكون ثابتا في الحال كحياة المفقود والثاني أن يقال هو ثابت في الحال فيحكم بقبولته في الماضي كجريان ماء الطاحونة كما سنذكر وهو حجة دافعة لا مثبته عندنا كما عرفت في أصول الفقه فإذ مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته

قال المصنف (وله ان السك الى قوله ان شاء الله) أقول لا يقال كيف خالف أبو حنيفة أصله فان الاستثناء ينصرف الى الجملة الاخيرة على أصله لان ذلك في الاستثناء بالا وقوله ان شاء الله شرط ساغ اطلاق الاستثناء عليه في عرفهم وليس اياه حقيقة فتأمل والله تعالى أعلم

فصل في القضاء بالمواريث

وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول للورثة وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث بالاتفاق والحادث يضاف الى اقرب الاوقات لذلك ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين وكل ما هو ثابت في الحال يكون ثابتاً فيما مضى فحكمنا للحال أي باستصحاب الحال كما في جريان ماء الطاحونة اذا اختلف فيه المتعاقدان بعدمضى مسدة فانه يحكم بالحال فان كان الماء جارياً في الحال كان القول للآجر وهو صاحب الطاحونة وان كان منقطعاً كان القول للمستأجر (قوله وهذا) يعني تحكيم الحال أو الحال (ظاهر نعتي به لدفع استحقاقها الميراث) وهو صحيح (وهو) أعني زفر (يعتبره للاستحقاق) وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر لم يجعل استحقاقها للميراث بالحال بل بأن الاصل في الحادث الاضافة الى اقرب الاوقات ويجوز أن يجاب بأن ذلك أيضاً ظاهر والظاهر استصحاباً كان أو غيره لا يعتبره للاستحقاق على أنه يتلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر

(قوله كان القول للآجر وهو صاحب الطاحونة) أقول أنكر صدر الشريعة في شرح الوقاية صحة اطلاق لفظ الآجر على المؤجر فراجعه قال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل الماء اذا كان جارياً في مسألة الطاحونة يجعل حجة لصاحب الطاحونة فيستحق الاجرة فتعسكتم بالحال لا ثبت استحقاقه الاجر قلنا اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفا في التأكيد والظاهر يصلح حجة للتأكيد وفي مسألة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما أي الزوج والزوجة في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة فان قيل يشكل هذا بمسئلة ذكرها في الاصل اذا مات وتولوا ابني فقال أحدهما مات أبي مسلماً وقد كنت مسلماً حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضاً أسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على اسلامه فالقول قول الابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكمة على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال (٥١٦) وهو البتة قلنا ما ذكرنا من الطريق انما يصار اليه اذا اختلفا في الماضي في ثبوت ما هو

ثابت في الحال أما اذا اختلفا في الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال غير أنهم ما اختلفا في مقداره فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائماً لا يرى ان في مسألة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعاً

وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة (وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى فحكمنا للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتي به لدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق

استحق في ميراثه (وقالت الورثة) بل (أسلمت قبل موته) فلا ميراث لك (فالقول قول الورثة) وكان الاولى أن يقال بدل قوله فالقول قول الورثة لان صدق الابنية لأن العادة ان من كان القول له يكون مع يمينه ولا حلف عليهم الا ان ادعت أنهم يعلمون كفرها بعد موته فلها أن تحلفهم على العلم (وقال زفر القول لها لان الاسلام حادث في الظاهر) اضافته الى اقرب الاوقات ولنا أن سبب الحرمان (من الميراث) ثابت في الحال فيثبت فيما مضى فحكمنا للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر (هو استصحاب أعني استصحاب الماضي للحال) (نعتي به لدفع وما ذكره) استصحاب هو عكس ذلك لان الاستصحاب

شهرين وقال الآخر بل انقطع شهر فالقول للمستأجر مع يمينه منقطعاً كان أو جارياً في الحال لانهما اختلفا في جريان مقدروا انقطاع مقدرو ذلك غير ثابت للحال وفي مسألة الابنين ومسئلة الكتاب حاصل الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لافي نفس الاسلام والثابت في الحال نفس الاسلام مقدور فهذا هو المأخذ في المسئلة وذكر الامام الترمذ في مسئلة وهي ترد أيضاً شبهة على الاصل وهو ان الاستحقاق لا يثبت بالظاهر فقال لو ادعت المرأة أنه أبان في المرض بعين صا وهو فاربه وقالت الورثة في الصحة فالقول قول المرأة لانها أنكرت المانع وهو الطلاق في الصحة يعني الاصل عدم المانع انتهى وفيه تأمل ثم أقول في قوله فان قيل يشكل هذا الى قوله مع قيام السبب في الحال وهو البتة بحث ظاهر اذ يجوز أن يقال السبب هنا البتة مع الاتفاق في الدين عند الموت كما في الزوجية لا البتة فقط (قوله وهذا أي تحكيم الحال الى قوله وفيه نظر لان زفر الخ) أقول فالضمير البارز في يعتبره راجع الى الظاهر لا الى الحال كما لا يخفى

٣ (قول الحشى الى تحكيم الحال الى آخر القولة) كذا في نسخة وفي أخرى بدله الى الشهاد بل يجوز للشاهد أن يشهد بخلاف الشهادة على الشهادة اه قال الفاضل الشهير بخضر شاه عليه رحمة الله كذا في النهاية وليس كما ينبغي بل معنى اثبات الحكم بنفسه أنه ثبت ما وضعه الشارع له وحكم يترتب عليه من غير أن يحتاج الى غيره من قضاء قاض كالبيع فانه ثبت حكمه أعني الملك بنفسه وكذا الاقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه وعلى هذا الخلاف الشهادة اذا احتملها الشاهد فانما لا يثبت الحكم بنفسها بل اذا نقله الى مجلس القاضي وحكم القاضي بها ولم ير ان هذا من الظهور وفيه بحث لا يخفى على من له أدنى مسكة فضلاعن هادي الاعلام اه وقيل معناه ان حكم البيع لثبوت الملك للمستمرى في البيع وفي الثمن للبايع يثبت بنفس العقد وكذا في تطايره أما الشهادة فمما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي هذا والظاهر ما في النهاية لما ان الذي يحمله الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام النفسى لا المشهود به ولان تقدير الكلام يشهد له كما لا يخفى

(ولومات المسلم وله امرأة نصرانية فجهات مسلمة بعدموته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعدموته فالقول قول الورثة أيضا ولا يحكم الحال) لان تحكيمه يؤدي الى جعله حجة للاستحقاق التي هي محتاجة اليه وهو لا يصلح لذلك وبهذا القدر يتم الدليل وقوله (أما الورثة فهم الدافعون) إشارة الى معنى آخر وهو ان في كل مسألة منها اجتماع نوع الاستصحاب أما في الاولى فلان نصرانية امرأة النصراني كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حاديا بالنظر الى ما كانت (٥١٧) فيما مضى والاصل فيه أن يبنى هو

من النوع الاول وبالنظر الى ما هو موجود في الحال والاصل فيه أن يكون موجودا فيما مضى هو من النوع الثاني فلما اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتا وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعا فكان القول قوله وأما في الثانية فلان نصرانية كانت ثابتة والاسلام حاد حدث فالتنظر الى النصرانية يقتضي بقاها الى ما بعد الموت والنظر الى الاسلام يقتضي أن يكون ثابتا قبل موته فلما اعتبرناه لم نلزم أن يكون الحال مثبتا وهو لا يصلح فاعتبرنا الاول ليكون دافعا والورثة هم الدافعون فيفيدهم الاستدلال به وقوله (ويشهد لهم) دليل آخر وهو أن الاسلام حاد والحادث يضاف الى أقرب الاوقات فان قيل ان كان ظاهر الحدوث معتبرا في الدلالة كان ظاهر زفر في المسئلة الاولى معارضا للاستصحاب ويحتاج الى مرجح والاصل عدمه فالجواب أنه معتبر في الدفع

ولومات المسلم وله امرأة نصرانية فجهات مسلمة بعدموته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعدموته فالقول قولهم -م أيضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضا قال (ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه)

يكون من الماضي للحال ومن الحال الى الماضي ولكنه (اعتبره للاستحقاق) وليس حكم الاستصحاب كذلك والمراد بجزء ماء الطاحونة ما اذا اختلف مالها مع المستأجر اذا طال به مدة فقال كان الماء منقطعاً حكم جريانه في الحال فاذا كان منقطعاً في الحال فيعطف على الماضي لدفع استحقاق أجره الماضي فكذلك هذا التعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر فان ما يثبت به الاستحقاق كثير مما يكون ظاهراً كإخبار الآحاد قد أثبت ما يوجب استحقاقاً (ولومات المسلم وله امرأة نصرانية فجهات مسلمة بعدموته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعدموته فالقول قولهم أيضا ولا يحكم الحال) هنا لان الاستصحاب للاستحقاق وهي محتاجة اليه أما الورثة فهم الدافعون (والاستصحاب يكفي لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها الى ما بعد موته فالمسئلان مبنيان على أصل واحد وهو أن الاستصحاب اعتبر فيه ما للدفع لا للاستحقاق فان قيل اعتبار الحال في ماء الطاحونة شاهد للماضي عمل بآثار الاستحقاق بالاستصحاب فان به يستحق مالها أجر الماضي اذا كان جارياً أوجب بأن هنالك اتفاقاً على وجود سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلف في التأكيده والظاهر يصلح حجة للتأكد وفي مسألة الميراث نفس السبب مختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت واستشكل بما ذكر محمد في الاصل اذا مات وترك ابناً فقال أحدهم مات أبي مسلماً وقد كنت مسلماً حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضاً أسلمت حال حياته وكذب الابن المتفق على اسلامه وقال بل أسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكماً على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البينة أوجب بأنه انما يبصر لما ذكر من الظرفي اذا اختلف في تمام الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال وأما اذا اختلف في مقدار منه فلا يبصر الى تحكيم الحال وان كان السبب قائماً حتى ان في مسألة الطاحونة اذا انقطع على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعاً شهرين وقال الآخر شهر فالقول للمستأجر مع عينه منقطعاً كان الماء أوجباً في الحال لانهم اختلفا في جريان مقداره وهو غير ثابت للحال وفي مسألة الابن ومسئلة الكتاب الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام انه كان أو لم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لا اسلام مقداره هذا هو المأخذ في المسئلة وذكر الامام الترمذي مسألة وهي ترد أيضاً شبهة على الاصل أعني كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر وهو لو ادعت المرأة أنها ماتت في المرض فصارت أماً نارت وقالت الورثة بل في الصحة فالقول قولها لأنها أنكرت المانع من الارث وهو الطلاق في الصحة يعني والاصل عدم المانع (قوله ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم) مثلاً (وديعة فأقر المستودع أنه ابن الميت لا وارث له غيره)

لا في الاثبات وزفر يعتبره للاثبات ونوقض بنقض اجمالي وهو أن ما ذكره على أن الاستصحاب لا يصلح للاثبات لو كان صحيحاً بجميع مقدماته لما قضى بالاجر على المستأجر اذا كان ماء الطاحونة جارياً عند الاختلاف لانه استدلال به لا ثبات الاجر والجواب انه استدلال لدفع ما يدعى المستأجر على الاجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الاجر وأما ثبوت الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لا موجبا واعتبر هذا واستغن عما في النهاية من التطويل قال (ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة الخ) رجل مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فأقر المودع لرجل أنه ابن الميت لا وارث له غيره بقضى الحاكم عليه بدفعه الى المقر له

لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث وملكه خلافة ومن أقر بملك شخص عنده وجب دفعه إليه كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما إذا أقر رجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لأنه أقر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون أقراره على مال الغير ولقائل أن يقول كان الواجب في المسئلة الأولى أن لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما وجب قيامه فيه لحاجته إليه كالدين (٥١٨) وغيره فإن خلافة الوارث متأخرة عن ذلك والجواب أن استحقاق الوارث ثبته بأقراره يبين

وما وجب قيام حق الميت في المال متوهم فلا يؤثر البينة فيه فإذا امتنع في الوديعه حتى هلك هل يضمن أو لا قيل يضمن وقيل لا يضمن وكان ينبغي أن يضمن لأن المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع وفي المنع عنه يضمن فكذا من وكيله وإن سلمها هل له أن يستردها قيل لا بملك ذلك لأنه يصير ساعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لأنه ليس فيه أقراره على الغير بل الأقرار فيه على نفسه لأن الديون تقضى بأمثالها ولو أقر المودع بعد الأقرار الأول لرجل آخر بأنه أيضا ابن الميت وأتكره الأول بأن قال ليس له ابن غيري قضى بالمال الأول لأنه لما صح أقراره للأول في وقت لا من أحرم له انقطع يده عن المال فالأقرار الثاني يكون أقراره على الأول فلا يصح كما إذا كان الأول ابنا معروفا ولأنه حين أقر الأول لم يكذب

لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما إذا أقر رجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع إليه لأنه أقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون أقراره على مال الغير ولا كذلك بعدموته بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض لأن الديون تقضى بأمثالها فيكون أقراره على نفسه فيؤمر بالدفع إليه (فلو قال المودع لا أخرهذا ابنه أيضا وقال الأول ليس له ابن غيري قضى بالمال الأول) لأنه لما صح أقراره للأول انقطع يده عن المال فيكون هذا أقراره على الأول فلا يصح أقراره للثاني كما إذا كان الأول ابنا معروفا ولأنه حين أقر الأول لم يكذب له فصيح وحين أقر للثاني لم يكذب فلم يصح

فإن القاضي يقضى عليه بالدفع إليه (لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث) ملك له (خلافة فهو كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما إذا أقر) المودع (لرجل أنه وكيل المودع بالقبض) أي بقبض الوديعه (أو أنه اشتراه) أي اشترى الوديعه التي في يده من المودع (حيث لا يؤمر بالدفع إليه لأنه أقر بقيام حق المودع) وملكه في الوديعه الآن (اذ هو حي فيكون أقراره على مال الغير ولا كذلك بعدموته) لزوال ملكه فإنه أقر له بملكه ما في يده من غير ثبوت ملكه لمالك معين فيه الحال وفي فصل الشراء وإن كان قد أقر بزوال ملك المودع لكن لا ينقض في حق غيره أعني المالك لأنه لا يملك إبطال ملكه بأقراره فصار كالأقرار بالوكالة بقبض الوديعه ثم لو دفع إلى الذي اعترف له بالوكالة بقبض الوديعه هل له أن يستردها قيل لا لأنه يصير ساعيا في نقض ما تم به وقال ظهير الدين كان والذي يتردد في جواب هذه المسئلة ولو لم يدفع الوديعه للذي أقر له بالوكالة حتى هلكت قيل يضمن لأنه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كالمنعها من نفس المودع وقيل لا لأنه لم يجب عليه الدفع (بخلاف المديون إذا أقر لرجل أنه وكيل الدائن بقبض ماله عليه) فإنه يؤمر بالدفع إليه لأنه غير مقرر على مال غيره (إذا الديون تقضى بأمثالها) والمثل ملك المقر (فإنما أقر على نفسه) حتى يرجع عليه الدائن إذا لم يعترف بالوكالة إذا قدم (فيؤمر بالدفع ولو قال المودع لا أخرهذا ابنه أيضا وأتكره الابن الأول قضى بالمال الأول) وحده (لأنه لما صح أقراره للأول) على ذلك الوجه (انقطع يده عن المال فيكون أقراره على الغير وهو الابن الأول فلا يصح كالأول كان الأول ابنا معروفا ولأنه حين أقر الأول لم يكذب له فصيح وحين أقر للثاني لم يكذب) وهو الأول (فلا يصح) وهل يضمن الابن الثاني شيئا قال في غاية البيان أنه لا يغرر المودع للابن الثاني شيئا بأقراره لأن استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لأنه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوة ثبوت الارث فلا يكون الأقرار بالبنوة أقرارا بالمال وفي الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما أدى للابن الثاني الذي أقر له إذا دفع الوديعه بغير قضاء القاضي وبه قال الشافعي في قول واحد في قول وفي قول لا يضمن لأن أقراره للثاني صادق ملك الغير فلا يلزم منه شيء وقال في النهاية فإن قيل كان ينبغي أن يضمن المودع للابن الثاني الذي أقر له أنه ابن الميت كالأول المودع بالأقرار لغير القاضي المعزول بالوديعه ثم أقر بتسليم القاضي إليه وقد ذكر في أدب القاضي من الكتاب أنه يضمن للقاضي قيمته فلما هنا أيضا يضمن إذا دفع الوديعه إلى الابن الأول

أحد فصيح أقراره وحين أقر للثاني كذبه الأول فلا يصح واعترض بأن تكذيب غيره ينبغي أن لا يؤثر في أقراره فيجب عليه ضمان نصف ما أدى للأول وأجابوا بالتزام ذلك إذا دفع الجميع بلا قضاء كالأول أقر بتسليم الوديعه من القاضي بعدما أقر لغيره من أقره القاضي وقد تقدم في أدب القاضي وأما إذا كان الدفع بقضاء كان في الأقرار الثاني مكذبا شرعا فلا يلزمه الأقرار به

(قوله كان في الأقرار الثاني مكذبا شرعا الخ) أقول وأما في المسئلة المتقدمه فلم يكن مكذبا شرعا في قوله تسلمتها من القاضي إذا لمناطه بين تسلمتها منه وكونه من أقره فافهم

قال (واذا قسم الميراث بين الغرماء الخ) اذا حضر رجل وادعى دارا في يد آخرها كانت لبيته مات وتركها ميراثا له فاما ان يقربه ذواليد أولا فان كان الثاني وأقام على ذلك بينة فهو على ثلاثة أوجه أحدها أنهم قالوا تركها ميراثا لورثته ولم يعرفوه ولم يعددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع اليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة لا لهم ما لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والاضاء بالمجهول متعذر والثاني انهم شهدوا أنه ابنه ووارثه لا نعرف له وارثا غيره وفيه يقضى الحاكم بجميع التركة من غير تلوم وهاتان بالاتفاق والثالث أنهم اذا شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في (٥٩) شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره فان القاضي

يتلوم زمانا على قدر ما يرى وقدرا الطحاوي مدة التلوم بالحول فان حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر ممن لا يجب حرمانا كالأب والابن فان كان ممن يجب بغيره كالأب والابن فان كان ممن لا يدفع اليه وان كان ممن يجب نقصانا كالزوج والزوجة بدفع اليه أو فر النصبين وهو النصف والربع عند محمد رحمه الله وأقله ما وهو الربع والثلث عند أبي يوسف رحمه الله وقول أبي حنيفة مضطرب فاذا كان ممن لا يجب ودفع الدار اليه هل يؤخذ منه كقبيل بما دفع اليه قال أبو حنيفة رحمه الله لا يؤخذ ونسب القائل به الى الظلم قبل أراد به ابن أبي ليلى وقالا ذلك وان كان الأول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الاقرار حجة قاصرة

قال (واذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ منهم كقبيل ولا من وارث وهذا شيء احتياط به بعض القضاة وهو ظلم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يؤخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود ولا نعلم له وارثا غيره

بغير قضاء القاضي نصف ما أدى الى الاول انتهى وهذا هو الصواب واختلف في اللقطة اذا أقر الملتقط بها لرجل هل يؤمر بالدفع اليه مذ كور في اللقطة وفي الجامع الصغير لو ادعى الوصاية وصدقه مودع الميث أو الغاصب منه لا يؤمر بالدفع هذا كما في الابن فلو أقر المودع لرجل انه أخو الميث شقيقه وانه لا وارث له غيره وهو يدعيه أولي ادعى وصية بألف مثله انه صادق فالقاضي يتأني في ذلك لان استحقات الاخ بشرط عدم الابن بخلاف الابن لانه وارث على كل حال غير انه احتمل مشاركة غيره وهو موهوم والبنيت كالابن وفي الوصية هو مقرر على الغير لانه أقر انه ليس بخلف عن الميث واذا أتاني ان حضر وارث آخر دفع المال اليه لانه خلف عن الميث وكان القول قوله في الوصية وان لم يحضر وارث آخر أعطى كل مدع ما أقر به لكن بكفيل ثقة وان لم يجد كفيل أعطاه المال وضمنه ان كان ثقة حتى لا يهلك أمانته وان كان غير ثقة تلوم القاضي حتى يظهر انه لا وارث للميت أو أكبر رأيه ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه ولم يقدردمدة التلوم شيء بل موكول الى رأى القاضي وهذا أشبه بأبي حنيفة وعندهما قدرد بحول هكذا حكى الخلاف في الخلاصة عن الافضية قال وعن أبي يوسف مقدر بشهر هذا اذا قال ذواليد لا وارث له غيره فان قال له وارث ولا أدري أم لا لا يدفع الى أحد منهم شيئا قبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعي بينة تقول لا نعلم له وارثا غيره وكل من يرث في حال دون حال كالأخ والاب والام والبنيت كالابن ولو ادعى انه أخو الغائب وانه مات وهو وارثه لا وارث له غيره وادعى انه ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو كانت امرأة وادعت أنها عمة الميت أو خالته أو بنت أخيه وقال لا وارث له غيري وادعى آخر انه زوج أو زوجة للميت أو ان الميت أوصى له بجميع ماله أو ثلثه وصدقهما ذواليد وقال لا أدري للميت وارثا غيرهما أولا لم يكن لمدعي الوصية شيء بهذا الاقرار ويدفع القاضي الى الاب والام والاخ ومولى العتاقة أو العمة أو الخالة أو بنت الاخ اذا انفردا ما عند الاجتماع فلا يرادهم مدعي البنوة مدعي الاخوة لكن مدعي هذه الاشياء اذا زاحمه مدعي الزوجية أو الوصية بالكل أو الثلث مستد لا باقرار ذي اليد مدعي الاخوة أو البنوة أولى بعد ما يستحلف الابن ما هذه زوجة الميت أو موصى له هذا اذا لم تكن بينة على الزوجية أو الوصية فان قام أخذ بها وهل يؤخذ منه الكفيل تقدم ولو أقر ذواليد ان الميت أقر ان هذا ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو أوصى له بالكل أو ثلثه أو ان هذه زوجته فالمال للابن والمولى كالموالياه أقر بخلاف النكاح وولاء الموالاة والوصية لان ذواليد أقرب بسبب منتهى (قوله) واذا قسم الميراث بين الغرماء أو بين الورثة لا يؤخذ منهم كقبيل (عند أبي حنيفة) (و) قال (هذا شيء احتياط فيه بعض القضاة وهو ظلم) كانه غني به ابن أبي ليلى فانه كان يفعله بالكوفة (وقالا لا يؤخذ الكفيل) أي لا يدفع اليهم حتى يكفلوا (والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود ولا نعلم له وارثا غيره) أما اذا ثبتا بالاقرار فيؤخذ الكفيل

قال المصنف (واذا قسم الميراث) أقول فيه تسامح (قوله) ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره

أقول أو غير بما غيره كما يعلم من الوقاية وشرحه (قوله) هل يؤخذ منه كقبيل الخ) أقول وفي الدرر بالنفس (قوله) وان كان الأول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الاقرار حجة قاصرة) أقول قال في النهاية قال الامام الترمذي قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم يزعل عليه فالقاضي يتأني في ذلك زمانا على حسب ما يرى وذكر ان كل موضع ذكر يتلوم القاضي يكون ذلك مفوضا الى القاضي وقدرا الطحاوي مدة التلوم بالحول وان لم يظهر له وارث آخر أمر بدفع المال وبأخذ كفيل لاحتمال أن يظهر وارث آخر هذا قولهما وعند أبي حنيفة لا يأخذ وقبل يأخذ عند الكل لأن الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينه اه

لهما أن القاضي ناظر للغيب والظاهر أن في التركة وارثا غائبا أو غريبا غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاج بالكفالة كما إذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه وأعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولا يبي حنيفة رحمه الله أن حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل لكن أثبت الشراء من في يده أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل

بالاتفاق وإذا قال الشهود لا نعلم له وارثا غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتأني القاضي سواء كان ذلك الوارث من يحجب أولا يحجب ولو قالوا الوارث له غيره فكذلك استحسانا ثم ماذا كرم من نفي الدفع إذا لم يقل الشهود لا نعلم له وارثا آخر هو قبيح إذا كان وارثا لا يحجب بغيره وتفصيل المسئلة في أدب القاضي للصدر الشهيد قال وإذا حضر الرجل وادعى دارا في يد رجل أنها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له وأقام على ذلك بيته ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم بل قالوا وتركها لورثته لا تقبل ولا يدفع اليه شيئا حتى يقيم بيته على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الواحد معلوما والقضاء بغير المعلوم متعذر وهنا ثلاثة فصول الاول هو ما إذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم والثاني أن يشهدوا أنه ابنه ووارثه لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يقضى بجميع التركة بلا تلوم الثالث أن يشهدوا أنه ابن فلان ماله هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى فان حضر وارث آخر قسم المال بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه وبأخذ كفيلا عندهما ولا يأخذ عندهما أبي حنيفة رضي الله عنه ثم انما يدفع الى الوارث الذي حضر جميع المال إذا كان من لا يحجب كالاب والابن فان كان يحجب بغيره كالجدة والابن والم لا يدفع اليه وان كان من يحجب بحجب نقصان كالزوج والزوجة يدفع اليه أقل النصيبين عند أبي يوسف وعند محمد وأوفرهما وهو النصف للزوج والرابع للزوجة وقول أبي حنيفة مضطرب هذا إذا ثبت الدين والارث بالشهادة فأما إذا ثبت بالأقرار فيؤخذ التكفيل بالاتفاق ومن صورته ما إذا أقر المودع لرجل أنه ابن الميت ولم يرد عليه فالقاضي يتأني على حسب ما يرى ولا تقدير فيه وهو اليتيم يقول أبي حنيفة رحمه الله وهو أن ينتظر زمانا يغلب على ظنه أنه لو كان له ابن آخر لظهر وقدره الطحاوي بعام فان لم يظهر وارث آخر دفع المال وأخذ كفيلا لاحتمال أن يظهر وارث آخر قبل هذا أقولهما وعند أبي حنيفة لا يأخذ وقيل بأخذ عند الكل لان الثابت بالأقرار دون الثابت بالبينة (لهما أن القاضي ناظر للغيب) أي مأمور بالنظر لهم (والظاهر أن في التركة وارثا غائبا أو غريبا غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاج بالكفالة كما إذا دفع القاضي) (الآبق واللقطة الى) الذي أثبت عنده أنه (صاحبه) أخذ كفيلا لا المعنى الذي ذكرنا وهو أن القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه (و) كذا إذا (أعطى امرأة الغائب) يعني إذا كانت تستنفق أي تطلب (النفقة) وزوجها غائبا وله في يد رجل ودبعة وهو مقر بالزوجة والودبعة فالقاضي يعطيها (من ماله) وبأخذ كفيلا (ولا يبي حنيفة رحمه الله أن الحق ثابت قطعا) أي فيما إذا كان الوارث الآخر معدوما (أو ظاهرا) فيما إذا كان موجودا والقاضي لم يكلف باظهاره على وجهه بوجب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده (فلا يؤخر) الى زمان التكفيل (لحق موهوم) أدأت لولم يجد كفيلا كان منع حقه هذا ظاهرا وصار (كمن أثبت الشراء من في يده) لا يؤخذ كفيلا من المشتري بعدما أثبت شراءه بالحنة (و) لا يؤخذ التكفيل من رب الدين (الذي أثبت دينه على العبد) بالبينة (حتى يبيع) العبد (لأجل دينه) وان كان يتوهم حضور مشترا آخر

لهما أن القاضي ناظر للغيب ولا نظر بترك الاحتياط في أخذ التكفيل فيحتاج القاضي بأخذه كما إذا دفع القاضي العبد الآبق واللقطة الى رجل أثبت عنده أنه صاحبه فانه يأخذ منه كفيلا ولو أعطى نفقة امرأة الغائب إذا استنفقت في غيبته وله عند انسان ودبعة يقر به المودع وقيام النكاح فانه يقرض لها النفقة وبأخذ منها كفيلا ولا يبي حنيفة أن حق الحاضر ثابت قطعا ان لم يكن له وارث آخر يقيس أو ظاهرا ان كان له وارث آخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فانه ليس بمكلف باظهاره بل بما ظهر عنده من الحجة فكان العمل بالظاهر واجبا عليه والثابت قطعا أو ظاهرا لا يؤخر لموهوم كمن أثبت الشراء من ذي اليد أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع فيه فانه يدفع المبيع الى المشتري والدين الى المدعي من غير كفيل وان كان حضور مشترا آخر قبله وغريم آخر في حق العبد متوهما فلا يؤخر حق الحاضر لحق موهوم الى زمان التكفيل

(قوله ولان المكفول له) دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل وذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يصح كفل لاحد الغرماء فان قيل اذا أقربه ذواليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة مجهول أجيب بأنه اذا أقربه لم يبق له فيه ملاء ولم يثبت للقر له بحجة كاملة فكان مظنة ان ثمة مال الكالا محالة وأقل ذلك يثبت المال وهو معلوم فكان التكفيل له ونقل التمر ثأني فيه خلافا فان ثبت فلا اشكال لا يقال الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بخصم ولا لبيت لان الكفالة لتوثيق المطالبة كما هو هي من الميت غير متصورة وعورض بأن القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع على ما رآه وفي ذلك تأخير لخلق ثابت قطعاً وظاهراً كما ذكرتم خلق موهوم فدل على أن التأخير جائز وأجيب بأن التلوم ليس بحق الموهوم بل انما هو أمر يفعله القاضي لنفسه احتياطاً في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود ولا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لان الشهادة (٥٣١) على النفي باطلا بل خبر يستأنس به على

ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم وأما الأبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلمة اللقطة أو اقرار العبد بكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع وقوله ظلم أي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض

قبله وغيره آخر للعبد (ولان المكفول له مجهول فهو ككفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت والزوج معلوم فأما الأبق واللقطة ففي) أخذ (الكفيل روايتان عنه والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع اللقطة بعلمة أو باقرار العبد بكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع) مع السلامة واقرار العبد بالابق لا يقال بأخذ الكفيل لنفسه صيانة لقضائه عن النقض لانه ليس بخصم ولا يقال بأخذ لبيت لان حقه في تسليم ماله الى وارثه وقد أثبت وراثته فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل فان قيل القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع ذكره في الاسرار وكذا ذكر الصدر الشهيد والتلوم انما هو لتوهم وارث أو غيرهم آخر وبعد التلوم ما انقطع الشبهة فينبغي أن يأخذ الكفيل لبقاء الشبهة ويدفع الى الحاضر لقيام الحجة لان الحجة راجحة على الشبهة فأنظرنا ربخاتها في الدفع اليه فيجب أن يظهر قيام الشبهة في حق الكفيل علما بالجهتين أجيب بأن العمل يجب بالحجة بعد قيامها لا بالشبهة وليس التكفيل كالتلوم لان التلوم اطلب علم زائده ليمتعه به بالقدر الممكن فان التلوم يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره فان هذا ليس بشهادة لانها على النفي بل هو خبر يؤكد ظن انتفاء غيره أما الكفالة فطلب أمر زائد من المستحق فلا يجوز الابتوجه حق عليه ولا يتوجه بالموهوم قال المصنف (وقوله ظلم) أي قول أبي حنيفة (يكشف عن مذهبه أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض) انه قائل بأن كل مجتهد مصيب كقول المعتزلة جزهم الى هذا القول بوجوب الاصل فكان صيانة المجتهدين عن الخطا وتقريرهم على الصواب واجبا وسبب نسبة هذا القول الى أبي حنيفة ما روى عنه انه قال ليويس بن خالد السجتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد ولو جل على ظاهره لكان متناقضا ذقوله والحق عند الله واحد فدل أنه ليس كل مجتهد أصاب الحق والالكان الحق متعددا فلزم ان معنى قوله كل مجتهد مصيب أي يصيب حكم الله تعالى بالاجتهاد فانه تعالى أوجب الاجتهاد على

نفي الشريك والتلوم من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه وليس غنة طلب شيء زائد من المستحق بخلاف طلب الكفالة وقوله (بخلاف النفقة) جواب عما استشهد به من المسائل امام مسألة النفقة فدل ان التكفيل فيها لخلق ثابت وهو ما يأخذ الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج مع معلوم أيضا فصحت الكفالة (وأما الأبق واللقطة ففي كل واحد منهما روايتان) قال في رواية لأحب أن يأخذ منه كفيلا وقال في رواية أحب أن يأخذ منه كفيلا قالوا في شروح الجامع الصغير والصحيح أن الرواية الاولى قول أبي حنيفة فلا يصح القياس حينئذ وقال

(٦٦ - فتح القدير خامس) العتاني (ان دفع العبد باقراره الى المدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامة فيه يكفل بالاجماع) قال المصنف (لان الحق غير ثابت) ولهذا كان له أن يمنع (قوله وقوله) أي قول أبي حنيفة (ظلم أي ميل عن سواء السبيل) انما ذكره تمهيدا لما ذكره بقوله (وهذا) أي اطلاق الظلم على المجتهد فيه (يكشف عن مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب) ويقصر أن مذهب أصحابنا المتقدمين براء عن مذهب أهل الاعتزال في أن كل مجتهد مصيب وادعائهم ان ذلك مذهب أبي حنيفة وأصحابه رحمه الله وقد قررنا ذلك في التقرير برعون الله تعالى مستوفى

(قوله أحب بأنه اذا أفسر به الخ) أقول فيما الجواب في مسألة الأبق واللقطة ثم الكفالة تكون بالدين الصحيح (قوله وعورض بأن القاضي الخ) أقول ويمكن توجيهه تنظرا كما لا يخفى (قوله وأجيب بأن التلوم ليس بحق الموهوم) أقول ألا ترى أن الوهم موجود وان قال الشهود لا نعلمه وارا ما آخر

قال (واذا كانت الدار في يد رجل الخ) دار في يد رجل أقام آخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يدي اليد ولا يؤخذ من ذي اليد كقيل وهذا أي ترك النصف الآخر في يدي من في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عدم الاستيثاق بالكفيل ههنا فبالاجماع وقالوا من في يده الدار ان كان جاحدا أخذ منه النصف الآخر وجعل في يدي أمين والآخر في يدي لان الجاحد خائن والخائن لا يترك مال الغير في يده والمقر أمين فيجوز أن يترك المال بيده ولا يبي حنيفة أن القضاء وقع لليت مقصودا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ومن وقع له القضاء يعتبر فيمن المقضى بيده كونه مختار له وهو ثابت فيما نحن فيه فلا تنقض بيده بيد من هو غير مختار له وانما قال واحتمال كونه لان كون المال بيد من هو بيده باختيار الميت ليس بقطعي واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفى (٥٣٣) به كما اذا كان من بيده مقرا فانه انما يترك الباقي بيده كذلك (قوله وبحجوده)

قال (واذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يدي الذي هي في يده ولا يستوفى منه بكفيل وهذا عند أبي حنيفة وقالوا ان كان الذي هي في يده جاحدا أخذ منه وجعل في يدي أمين وان لم يجد ترك في يده) لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه أمين وله أن القضاء وقع لليت مقصودا واحتمال كونه مختار للميت ثابت فلا تنقض بيده كما اذا كان مقرا وبحجوده قد ارتفع بقضاء القاضى والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له والقاضى ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها وله هذا بملك الوصى بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصى الام والاخ

المأهل له فاذا اجتهد فقد أصاب بسبب قيامه بالواجب وقال محمد بن لو تلعنا فلا نأفرك القاضى بينهما نفذ وقد أخطأ السنة (قوله) واذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يدي الذي هي في يده) الى أن يحضر الغائب (ولا يستوفى منه بكفيل وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالوا ان كان الذي هي في يده) قد (جد) فأقيمت عليه البينة (أخذ منه) النصف (فوضع على يدي أمين وان لم يكن بجد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن) ظهرت خيانتها بالجحد (فلا يترك في يده) لقرب أن يتصرف فيه اما لاعتقاده أنه مملكه وان البينة كذبة أو للثبانة (بخلاف ما لو أقر) أنها مال الميت مودع عنده فانه لم تظهر منه خيانة وقد رخصه الميت فكان أولى بحفظها (ولا يبي حنيفة أن القضاء) انما (يقع) أولا (للميت مقصودا) لانه بعد ثبوت انه ماله حينئذ تقضى ديونه ويقسم المال (وكونه مختار للميت ثابت) مع جحده (فلا تنقض بيده كالمقر وبحجوده قد ارتفع بقضاء القاضى) به للميت (والظاهر عدم جحوده بعد ذلك لصيرورة الحادثة معلومة له والقاضى) وموت القاضى وعزله قبل أن يصل الغائب وكذا احتراق المحضر والتلف نادرا لا يوجب اختلاف الحكم لندرته (فلو كانت الدعوى في منقول) وأنكر والباقي بحاله (فقد قيل يؤخذ منه) النصف (بالاتفاق لانه يحتاج الى الحفظ والنزع ابلغ في الحفظ) من تركه في يده انما يتصرف فيه مة أولا كما ذكرنا أو خيانة (بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها وله هذا) أي ولا جمل أن المنقول يحتاج الى الحفظ دون العقار والنزع ابلغ في حفظه من تركه (بملك الوصى بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصى الام والاخ

جواب عما ذكره وجهه أن الخيانة بالجحود اما أن تكون باعتماد ما مضى أو ماسيا في الاول فدارت رفع بقضاء القاضى فكذلك لازمه والثاني ظاهرا لعدم لأن الحادثة لما صارت معلومة للقاضى ولم يسه ذلك وكتبت في الخريطة الظاهر أن لا يجحد في المستقبل لعلمه بعدم الفائدة لا يقال موت القاضى والشهود ونسب ما ينما للعادة واحتراق الخريطة أمور محتملة فكان الجحود محتملا لأن ذلك نادر والنادر لاحكم له (ولو كانت الدعوى في منقول) والمثلة بحالها (فقد قيل ينزع من يده) النصف الآخر (بالاتفاق) والفرق بينه وبين العقار أن المنقول يحتاج فيه الى الحفظ وما يحتاج فيه الى الحفظ فالنزع ابلغ فيه أما أنه يحتاج فيه الى الحفظ

فلانه ليس بمحض بنفسه اقبول الاتصال من محل الى محل أو ما أن النزع ابلغ فيه فلا نزع ابلغ في الحفظ ولانه لما جحد من بيده انما يتصرف في ثباته أول رعه أنه مملكه واذا نزعها الحاكم ووضعها في يدي أمين كان هو عدلا ظاهرا فكان المال به محفوظا (بخلاف العقار فانها محصنة بنفسها وله هذا بملك الوصى بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا وصى الام والاخ

قال المصنف (والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له الخ) أقول قال في الكافي أي لذي اليد وجحوده باعتبار اشتباه الامر عليه وقد زال اه يعنى ان الظاهر ذلك وأنت خير بأنه يفهم من ذلك إمكان منع قولهما ان الجاحد خائن قال المصنف (والنزع ابلغ فيه) أقول أي في المنقول كذا في معراج الدراية والنهاية الظاهر أن يقال أي في الحفظ كما يدل عليه تقرير الكافي (قوله) أول رعه أنه مملكه) أقول أي ان كان عدلا

والعم على الصغير) وانما خصهم بالذكور لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من باب (ومن المشايخ من قال المنقول أيضا على الخلاف وقول أبي حنيفة فيه أظهر) بناء على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا ترك في يده كان مضمونا عليه ولو أخذ منه لم يكن مضمونا على الذي يضعه القاضي في يده فكان التركة تبلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لان ما قيل انه لما جحد من في يده بما يتصرف لخيانته أولزمه أنه ملكه ساقط العبرة بنظر الى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس وكتابته في الخريطة وذلك ثابت مقتضى ثبوت الخلاف في العقار فسطا الفرق (قوله وانما يؤخذ الكفيل) راجع الى قوله ولا يستوفى منه بكفيل ومعناه أخذ الكفيل انشاء خصومة لأن من بيده الباقي قد لا تسمح نفسه باعطائه والقاضي يطالبه به فينشئ الخصومة والقاضي لم ينصب لانشاء ما قبل لقطعه فان قيل هب أن القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه باعطائه قلت يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ههنا انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها فصار قضاء رافعا لشي كان منشأه هذا خلاف (قوله واذا حضر الغائب) اختلف المشايخ في وجوب إعادة البيعة اذا حضر ففهم من قال بذلك على قياس قول أبي حنيفة في القصاص اذا أقام الحاضر البيعة على أنه قتل أباه عداثم حضر الغائب فإنه يحتاج الى اعادتهم او منهم من نفاه وهو اختيار المصنف قال الامام فخر الاسلام وهو الاصح (لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقي فيما يستحق لليت مطلقا وعليه) ان كان الكل بيده كما سمع (٥٣٣) دينا كان أو عينا لأن المقتضى له وعليه في

الحقيقة انما هو الميت) لما ذكرنا (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك) كالوكيل بالخصومة اذا غاب أحدهما كان للآخر ان يختصم ولهذا قلنا اذا ادعى رجل على أحدهم ديناً على الميت وأقام عليه البيعة ثبت في حق الكل وكذا اذا ادعى أحدهم ديناً للميت على رجل وأقام عليه البيعة ثبت في حق الكل فان قيل لو صلح أحدهم للخلافة لكان كالميت وحازله استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع أجاب بقوله (بخلاف

والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف أيضا وقول أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعه لا لانشاءها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى إعادة البيعة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقي فيما يستحق له وعليه دينا كان أو عينا لان المقتضى له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائباً عن غيره ولهذا لا يستوفى الا نصيبه وصار كما اذا قامت البيعة بين الميت

والعم على الصغير) على بيع المنقول مع أن هؤلاء ليس لهم ولاية في المال (وقيل المنقول على الخلاف أيضا) عنده يترك في يده الذي جحد وعندهما يؤخذ منه (وانما لا يؤخذ الكفيل) على قول أبي حنيفة من الذي هي في يده (لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعه) وهذا لا يبعد كفيلا أو لا يسمح باعطائه والاخ الحاضر يطالبه به فتشور الخصومة (ثم اذا حضر الغائب لا يحتاج الى إعادة البيعة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء) الكاش في غيبته (لان أحد الورثة ينتصب خصما عن بقية الورثة فيما لهم وعليهم دينا كان أو عينا) فقد قامت على خصم حاضر بالنسبة الى كل الورثة وهذا منهم وقوله (لان المقتضى له وعليه انما هو الميت في الحقيقة) على ما ذكرنا من قريب (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء) أي استيفاء نصيبه (لانه عامل فيه لنفسه) لا للميت (فلا يصلح نائباً عن غيره فلهذا لا يستوفى الا نصيب نفسه وصار كما اذا قامت البيعة بين الميت)

الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح أن يكون نائباً عن غيره) ولقائل أن يقول فليكن عاملاً لنفسه في نصيبه ونائباً عن غيره فمما زاد ولا محذور فيه وجوابه أن السائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل التمسك وقوله (وصار كما اذا قامت البيعة بين الميت) أي بين الميت أو عليه كما ذكرناه بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقريره مأمور

(قوله فاذا ترك في يده كان مضمونا عليه) أقول يعني لجوده السابق وفيه بحث فانه قد ارتفع مع لازمه الذي هو الخيانة بقضاء القاضي كما صرح به آنفاً فينبغي أن لا يضمن (قوله ومعناه أخذ الكفيل) أقول الأولى طلب الكفيل (قوله والقاضي يطالبه به) أقول فيه إشارة الى أن ما في النهاية من قوله والاخ الحاضر يطالبه بالكفيل ليس على ما ينبغي لعدم مطابقة المشروح (قوله فان قيل هب الخ) أقول ويمكن أن يجاب بأن الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء ملكه فليس له المطالبة بالكفيل (قوله وهو مشروع لقطع الخ) أقول لقطع الخصومة المتقدمة ثم أقول فيه بحث لأنه ان أراد كيا فممنوع ألا يرى الى ضمان الدرك وان أراد جرياً فممنوع ولا يفيد الاهم الآن يخص بحيث يشمل محل النزاع ثم لا نسلم انه ليس ههنا خصومة متقدمة الا أن يقال ارتفع ذلك بقضاء القاضي فليست أم (قوله اذا أقام الحاضر البيعة الخ) أقول التفصيل في باب الشهادة في القتل (قوله وجوابه أن السائل الخ) أقول اعتراف بورود السؤال على كلام المصنف والتجاء الى جواب آخر وأنت تعلم ان كونه نائباً عن غيره فرع التوكيل من الغير ولم يوجد فليست أم ولا مجال لقيامه مقام الميت لأن الاستيفاء ليس له بخلاف الإثبات فليست أم

وقوله (الآية) استثناء من قوله لا أن أحد الورثة ينتصب خصما إلى قوله وعليه يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة ديناً على الميت يكون خصماً عن جميع الدين إن كان جميع التركة بيده كره في الجامع والا كان خصماً عما في يده لأنه لا يكون خصماً بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده قال (ومن قال مالي (٥٣٤) في المساكين صدقة الخ) رجل قال مالي في المساكين صدقة وجب عليه أن يتصدق بجميع

ماله من أجناس الأموال التي تجب فيها الزكاة كالنقدين والسواثم وأموال التجارة يبلغ النصاب أولاً لأن المعتر هو جنس مال الزكاة والقليل منه ولهذا قالوا إذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصديق به فإن قضى به دينه لزمه التصديق بقدره عند ملكه لأن المعتر بجنس ما تجب فيه الزكاة لم تجب الزكاة ولا يجب التصديق بالأموال التي لا تجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك (وان أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس) في الأول أيضاً (أن يقع على كل شيء كما قاله زفر) لأن اسم المال عام يتناول الجميع (وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله) إذ ليس للعبد ولاية الإيجاب مستنداً به لئلا ينزع إلى الشراكة

الآية انما ثبت استحقاق الكل على أحد الورثة إذا كان الكل في يده كره في الجامع لأنه لا يكون خصماً بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده قال (ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة وان أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء) والقياس أن يثبت على الورثة (إذا كانت) التركة كلها (في يده) أي في يد الحاضر حتى لو كان البعض في يده يتصدق بقدره لأنه لا خصوصية بدون اليد كره في الجامع الكبير قال في شهادات الموارث ولومات وترك داراً وثلاثة بنين وابنان غائبان والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصة وقال مات والدنا وأخو أي فلان وفلان قبضنا نصيبهما وأودعنا في غابا وقال المدعي كنت داري في يد أبيكم وأعلم أن الغائبين قبضنا لثنيها شائعاً وأودعناهما عندك وأنا أقيم البينة أنهاداري تقبل وذو اليد خصم لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت فيما يدعي عليه فإن حضر الغائبان وصداق في الارث وجدحاق المدعي فالقضاء ساخن وإن كذبه وقال لا ترثهما من أين نابل ثلثاهما لئلا بالارث يقال للمدعي أعديتلك عليه ما في ثلثي الدار لأن ذلك على غير خصم لأن اقرار الحاضر يعمل في حقه لا في حق الغائبين قال الغائب قال مشيخنا هذا إذا لم تكن الدار مقسومة أما إذا اقتسموها وأودع اثنين نصيبهما الحاضر وغابا لا تقبل بينة المدعي في نصيبهما على الحاضر والتحقيق هذا باسأر أموالهم ما فلا يكون الحاضر خصماً فيمخلاف ما قبل القسمة لأنه مبق على حكم ملك الميت على ما عرف ولو كان ثلثا الدار في يد رجل مقسوم أو غير مقسوم أو دعه عنده الغائبان وهو مقر بانه ودعية لهما ميراث من أيهما لم يكن خصماً للمدعي وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصماً في ذلك لأن الوارث انما يكون خصماً للمدعي على الميت فيما في يده لا فيما في يد غيره قال الاستروشنى فالخاص أن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في عين هو في يده لا في عين ليس في يده حتى إن من ادعى عيناً من التركة وأحضر وارثاً ليس في يده ذلك العين لا تسمع دعواه وفي دعوى الدين ينتصب خصماً عن الميت وإن لم يكن في يده شيء (قوله ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة) فيلزمه التصديق بجميع ما يملكه من النقدين والسواثم وأموال التجارة ويمسك قوته فاذا أصاب شيئاً تصديق بقدر ما أمسك وإذا وجب التصديق بكفه فلا فرق بين أن يبلغ ما عنده نصاباً أولاً لأن المعتر بجنس ما فيه الزكاة دون قدره ولهذا قالوا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بكل ماله لزمه أن يتصدق به فإن قضى به ديناً لزمه أن يتصدق بما يكتسبه بعد إلى أن يوفى (ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل مال والقياس أن يلزمه التصديق بالكل) فيهما (وبه قال زفر) والبيهي والنخعي والشافعي وقال مالك وأحمد يتصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لا يبي لبابة حين قال إن من توفي أن أنخلع من مالي صدقة يجزئك الثلث (لعموم اسم المال كالوصية) وقال عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه (وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف إلى ما أوجب الشرع فيه الصدقة)

فانه يقضى بالكل ولا يأخذ الانصيب نفسه وقوله (الآية انما ثبت استحقاق الكل على أحد الورثة) استثناء من قوله لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقي فيما يستحقه وعليه ويكون قضاء على جميع الورثة (إذا كانت) التركة كلها (في يده) أي في يد الحاضر حتى لو كان البعض في يده يتصدق بقدره لأنه لا خصوصية بدون اليد كره في الجامع الكبير قال في شهادات الموارث ولومات وترك داراً وثلاثة بنين وابنان غائبان والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصة وقال مات والدنا وأخو أي فلان وفلان قبضنا نصيبهما وأودعنا في غابا وقال المدعي كنت داري في يد أبيكم وأعلم أن الغائبين قبضنا لثنيها شائعاً وأودعناهما عندك وأنا أقيم البينة أنهاداري تقبل وذو اليد خصم لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت فيما يدعي عليه فإن حضر الغائبان وصداق في الارث وجدحاق المدعي فالقضاء ساخن وإن كذبه وقال لا ترثهما من أين نابل ثلثاهما لئلا بالارث يقال للمدعي أعديتلك عليه ما في ثلثي الدار لأن ذلك على غير خصم لأن اقرار الحاضر يعمل في حقه لا في حق الغائبين قال الغائب قال مشيخنا هذا إذا لم تكن الدار مقسومة أما إذا اقتسموها وأودع اثنين نصيبهما الحاضر وغابا لا تقبل بينة المدعي في نصيبهما على الحاضر والتحقيق هذا باسأر أموالهم ما فلا يكون الحاضر خصماً فيمخلاف ما قبل القسمة لأنه مبق على حكم ملك الميت على ما عرف ولو كان ثلثا الدار في يد رجل مقسوم أو غير مقسوم أو دعه عنده الغائبان وهو مقر بانه ودعية لهما ميراث من أيهما لم يكن خصماً للمدعي وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصماً في ذلك لأن الوارث انما يكون خصماً للمدعي على الميت فيما في يده لا فيما في يد غيره قال الاستروشنى فالخاص أن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في عين هو في يده لا في عين ليس في يده حتى إن من ادعى عيناً من التركة وأحضر وارثاً ليس في يده ذلك العين لا تسمع دعواه وفي دعوى الدين ينتصب خصماً عن الميت وإن لم يكن في يده شيء (قوله ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة) فيلزمه التصديق بجميع ما يملكه من النقدين والسواثم وأموال التجارة ويمسك قوته فاذا أصاب شيئاً تصديق بقدر ما أمسك وإذا وجب التصديق بكفه فلا فرق بين أن يبلغ ما عنده نصاباً أولاً لأن المعتر بجنس ما فيه الزكاة دون قدره ولهذا قالوا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بكل ماله لزمه أن يتصدق به فإن قضى به ديناً لزمه أن يتصدق بما يكتسبه بعد إلى أن يوفى (ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل مال والقياس أن يلزمه التصديق بالكل) فيهما (وبه قال زفر) والبيهي والنخعي والشافعي وقال مالك وأحمد يتصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لا يبي لبابة حين قال إن من توفي أن أنخلع من مالي صدقة يجزئك الثلث (لعموم اسم المال كالوصية) وقال عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه (وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف إلى ما أوجب الشرع فيه الصدقة)

(قوله يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة ديناً الخ) أقول فيه أنه يجب أن يكون المراد دعوى العين فإن الدين يثبت على الوارث الحاضر وغيره وإن لم يكن في يد

الحاضر شيء على ما صرحوا ويمكن أن يجاب بأن المراد يكون خصماً في جميع الدين في حق الاستحقاق عليه ويقتصر القضاء بالاستحقاق عليه على ما في يده فليتنامل قال المصنف (ومن قال مالي في المساكين الخ) أقول وفي إيراد مسئلة النذر في فصل القضاء بالموارث نظروا هذه كرها باعتبار الفرق بينهما وبين الوصية التي هي أخت الميراث (قوله وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر الخ) أقول ليس معناه أن إيجاب العبد معتبر من كل الوجوه بإيجاب الله تعالى والإيجاب له التصديق بكل ماله وهو ظاهر

واجباب الشرع في المال من الصدقات مضاف الى اموال خاصة فكذا ايجاب العبد ولا يرد الاعشكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شئ وهو معتبر لانه ثبت في مسجد جماعة عبادته وهو من جنس الوقوف بعرفات اولانه في معنى الصلاة لانه لا تنظر اوقات الصلاة ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنظر للصلاة كانه في الصلاة (أما الوصية فهي أخت الميراث لانها خلافة كالوراثة) من حيث انهما يشتملان المال بعد الموت (ولا يختص الميراث بمال دون مال) في الشرع فكذا الوصية (قوله ولان الظاهر) دليل آخر يعني أن الظاهر من حال الناذر (التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة) لان الحياة مظنة الحاجة الى ما تقوم به حوائجها الاصلية فيختص النذر بمال الزكاة (أما الوصية فانها تقع في حال الاستغناء عن الاموال فتصرف الى الكل والارض العشرية تدخل (٥٣٥) في النذر عند أبي يوسف رحمه الله لانها

سبب الصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة) في العشر فصارت الارض العشرية كاموال التجارة لانها من جنس الاموال الى نجب فيها الصدقة (ولا تدخل عند محمد) وذكر الامام الترمذي قول أبي حنيفة مع محمد رحمه الله (لانه) أي الارض العشرية والتذ كبير لتذ كبير الخبر (سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده) فصارت مثل عبد الخدمه (وأما الارض الخراجية فلا تدخل بالاجماع لانه يمتنع مؤنة) لان مصرفه المقاتلة وفيهم الاغنياء (ولو قال ما أملك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال) زكوايا وغيره وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ذكرها في الامالي لان ما أملك أعم من مالي لأن المالك يطلق على المال وغيره يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك النفقة والمال لا يطلق

أما الوصية فأخت الميراث لانها خلافة كهي فلا تختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة (أما الوصية تقع في حال الاستغناء فتصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند أبي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده وعند محمد رحمه الله لا تدخل لانها سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل أرض الخراج بالاجماع لانه يمتنع مؤنة ولو قال ما أملك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه أعم من لفظ المال والمفيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا يختص في لفظ المالك فيقي على العموم

وما أوجب به التصديق كره بلفظ العموم وعلق ايجاب ببعضه قال تعالى خذ من أموالهم صدقة ولم يعم كل مال وهذا بناء على أن مقتضى اللفظ انما يصدق بالاخذ من كل مال وذكرنا في الاصول ان بالاخذ من جنس الاموال يصدق بانه اخذ من أموالهم حقيقة وانما ذلك قول الشافعي والاحسن أن حمله على العموم مخالف للشرع اذ منع منه قوله تعالى ولا تبسطها كل البسط فوجب تقيدها ببعضها ثم عينا ذلك البعض بتعيين الله تعالى اياها بايجاب التصديق منها وأما قوله عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه لا ينافية لان اخراج ما ذكرنا من أجناس المال طاعة وانما يلزم لو قيد بجميع ما تلذ به وهو منتف بزوم المعصية وحديث أبي لبابة ليس فيه تصريح بانه نذر ذلك فهو على انه نوى ذلك وقصده (أما الوصية فجر بنا فيها على نحو ذلك أيضا قلنا لو وصى بجميع ماله وله ورثة لا ينفذ لان في تنفيذه ارتكاب المعصية فيقتصر على الثلث المفسوح له فيه مع وجود الورثة وأما نفاذه في الكل اذ لم يكن له ورثة فلا تنافي انما يجب ذلك في حال استغنائه بما نوى فانتهى المانع الشرعي وهذا لان النهي ما كان في حالة الحياة الا لقيام حاجته الناجزة في الحياة وعدم البداءة بنفسه المأمور بها في قوله صلى الله عليه وسلم ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فيؤدى الى ضيق نفسه وحرجه او هو قد يكون سبب المعصية وهذا المعنى منتف بعد الموت وقول المصنف (ولان الظاهر انه انما يلزم الصدقة الخ) يصلح تقرير ابداء المخصص يعني أن العموم وان كان ثابتا لكن هنامعني يخصه وهو أن الظاهر من ارسال لفظ عام بالخروج عن كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله عدم كونه على وجه يدخل الضرر عليه وعليهم فكان ظاهرا في ارادة المخصص وما ذكرناه من لزوم المعصية بتقدير اعتبار عموم هو ايضاً من ابداء المخصص وهذا من أفراد ترك الحقيقة بدلالة وهل تدخل الارض العشرية فيجب التصديق بها عند أبي يوسف نعم لان جهة الصدقة غالبية في العشر وروى ذلك عن أبي حنيفة وعند محمد لان جهة المؤنة غالبية عنده ولا تدخل الخراجية اتفاقاً لعرض الخراج مؤنة ولذا وجب في أرض الصبي والوقف (ولو) كان (قال ما أملك صدقة قيل يجب الكل)

على ما ليس بمال واذا كان أعم ينصرف الى غير أموال الزكاة أيضا اظهر ان زيادة عمومه فان قيل الصدقة بالاموال مفيدة في الشرع بأموال الزكاة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية اجاب (أن المقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال ولا يختص في لفظة المالك فيقي على العموم) وفيه نظر لانه حينئذ لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع

(قوله واجباب الشرع في المال الخ) أقول اذا عبر عنه بلفظ المال كقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة (قوله فكذا ايجاب العبد) أقول اذا أضاف ايجاب الى لفظ المال (قوله وفيه نظر) لانه حينئذ لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع) أقول ممنوع فان ايجاب الله تعالى الصدقة في جنس الاملاك يكفي لا اعتبار ايجاب العبد به كما في ايجاب الاعتكاف على ما مر آنفاً نرى أنه لو قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة ينصرف الى مال الزكاة والبذلة والمهنة كما صرح به في النهاية مع انه ليس من الله تعالى ايجاب على هذا الوجه فليتأمل

(والصحيح أنهما) أي لفظ مالي وما أمالك (سواء) فيما نحن فيه فيختصان بالاموال الزكوية وهو اختيار الامام شمس الأئمة السرخسي (لأن المترجم باللفظين الفاضل عن الحاجة) قال في النهاية إن قوله (على ما مر) إشارة إلى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله إن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى وليس بواضح لأنه أبطل ذلك الوجه بقوله والمفيد إيجاب الشرع وهو لفظ المال ولعله إشارة إلى قوله ولأن الظاهر التزام الصدقة من (٥٣٦) فاضل ماله وقد قررناه من قبل فأرجع إليه (ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل

والصحيح أنهم سواء لأن المترجم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب عسك من ذلك قوته ثم إذا أصاب شيئاً تصدق بعنل ما أمسك لأن حاجته هذه مقدمة ولم يقدر محمد بشي لا اختلاف أحوال الناس فيه وقيل المحترف عسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال وعلى هذا صاحب التجارة عسك بقدر ما يرجع إليه ماله قال (ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئاً من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في الفصل الأول أيضاً أن الوصاية آتية بعد الموت فتعتبر بالآتية قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر أن الوصاية خلافة لاضافتها إلى زمان بطلان الآتية

لأن المفيد في الشرع المذکور بلفظ المال قال المصنف (والصحيح أنهم سواء لأن المترجم باللفظين الفاضل عن الحاجة) وهذا يؤيد ذلك بقصد هم إلى التخصيص بذلك المعنى بقليل تأمل وكان مقتضى ما ذكر في اللفظين أن يثبت مثله في قوله لله على أن أهدي جميع مالي أو جميع ملكي الآن الطحاوي ذكر أنه يجب الكل بخلاف ما ألحظ به فقال إن فعلت كذا لله على أن أهدي جميع مالي حيث يجب الكل بلا إشكال لأن عقد اليمين يمنع النفس عن المذکور بالتزام ما يكرهه على تقديره فانفتح باب إرادة العموم الآن هذا على جعل المخصص المعنى الذي عينه المصنف وأما على جعله لزوم المعصية فيجب أن يخص أيضاً فكان تعويلهم ليس عليه وقوله (على ما مر) يريد وجه الاستحسان هذا (ثم إذا لم يكن له مال إلا ما دخل تحت الإيجاب) يعني مال الزكاة على بعد ذلك (عسك منه قوته) ويتصدق بما سواء (وإذا استفاد شيئاً تصدق بقدر ما أمسك ولم يقدر محمد) مقداراً في أصل المبسوط (لاختلاف أحوال الناس) من قلة العيال وكثرتهم والرخاء والغلاء فيختلف الاعتبار (وقيل المحترف عسك ليوم) لأنه يكتسب يوماً فيوماً (وصاحب الغلة) وهو من له حوائث أو دور يجنيهاً عسك (شهر) لأن يده تصل إلى نفقته بعد شهر (وصاحب الضياع لسنة) لأن غلتها كذلك وأما في عرف ديارنا فبعضهم كذلك وبعضهم يؤجرها بدارهم على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فينبغي أن عسك إلى عام أربعة أشهر (وعلى هذا فصاحب التجارة عسك بقدر ما يرجع إليه ماله) (قوله ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئاً من التركة فالبيع جائز وهو وصي) بخلاف الوكيل إذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لأنه لا يصير وكيله حتى يعلم (وعن أبي يوسف لا يجوز في الوصية أيضاً أن الوصاية آتية) أي استنباه والمعروف من اللغة في الآتية أنها هو معنى الرجوع والافلاخ من أناب إلى الله واستدل في النهاية أنها بمعنى الاستنباه باستعمال الرخصى لها كذلك في تفسير سورة الروم والرخشى نفسه يفعل كذلك فينزل علم المتكلم بمنزلة روايته فربما يستشهد به بيت لابي تمام وأبي الطيب (ووجه الفرق على ظاهر الرواية) بين الوصاية والتوكيل (أن الوصاية خلافة) في التصرف عن الميت كالوفاة فلا تتوقف على العلم كالوكالة (لاضافتها) إلى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث ولذا الوكيل باع شيئاً ثم ظهر موت المورث ظهر نفاذه حين صدر الوصاية استخلاف مضاف (إلى) ما بعد الموت أيضاً وهو (زمان بطلان الآتية

تحت الإيجاب عسك من ذلك - ونه لان حاجته هذه مقدمة) اذ لو عسك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه - وقبح أن يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه - (ثم إذا أصاب شيئاً تصدق بما أمسك ولم يبين محمد) في المبسوط (مقدار ما عسك لاختلاف أحوال الناس فيه) بكثرة العيال وقتلها (وقيل المحترف عسك قوت يومه) لأن يده تصل إلى ما ينفق يوماً فيوماً (وصاحب الغلة) وهو صاحب الدور والحوائث والبيوت التي يؤجرها للانسان (شهر) لأن يده تصل إلى ما ينفق شهراً شهراً (وصاحب الضياع لسنة) لأن يده الدهقان تصل إلى ما ينفق سنة فسنه (وصاحب التجارة عسك بقدر ما يرجع إليه ماله) وفي إيراد مسألة الذر فيما نحن فيه من فصل القضاء في المواريث نظراً ولعله ذكره باعتبار الفرق بينهما وبين الوصية التي هي أخت الميراث قال (ومن أوصى إليه ولم يعلم الخ) وجه إيراد مسألة الوكالة في فصل

القضاء في المواريث ما ذكرنا آنفاً ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئاً من التركة فهو وصي وبيعه جائز وإذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه وعن أبي يوسف أنه اعتبر بالاول والثاني لأن وصف الآتية أي النيابة جامع فإن الوصاية آتية بعد الموت والوكالة آتية قبله وكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية أن الوصاية خلافة لا نيابة لأنها مضافة إلى زمان بطلان النيابة

الخلاف لا يتوقف على العلم في التصرف كما اذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بوث الموت فانه صحيح بخلاف الوكالة فانها انما تقام بولاية المستنيب والولاية لا تتوقف على العلم لانها لو توقفت عليه لم يفت النظر لقدرة الموكل وفي الاول لو توقفت على علمه فان لم يجز الموصى فان قيل اذا قال رجل اشترع عبدى من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه أجيب بأنه على الرويتين ووجه الفرق على رواية الجواز انه ثبت ضمنا والكلام في الوكالة ثبت قصدا وهذا كما اذا قال بايعوا عبدى ولم يعلم به العبد فان فيه روايتين في احدهما صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن لثبوته ضمنا فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام من أعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغامس لملا أو على اضداد ذلك بعدما كان (٥٣٧) مما جاز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام

أمر أى إطلاق محض

لا يشتمل على شئ من الالزام وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف وأما النهى عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان

أو رجل عدل عند أى

خليفة رجحه الله وقال

هو والاول سواء لانه من

جنس المعاملات وحسبها

ثبت بخبر الواحد الفاسق

كأول كالة واذن العبد في

التجارة ولا ي خيفة أنه خبر

ملزم أمانه خبر فلانه كلام

يحتمل الكذب يحصل به

الاعلام وأما أنه ملزم فلانه

ينفي جواز التصرف بعده

وما كان كذلك فهو معنى

الشهادة من وجه لانه

بالنظر الى كونه خبرا كالخبر

بالتوكيل والاذن وغيرهما

ليس في معناها والنظر الى

ما فيه من نوع الزام كان في

معناها فيشترط أحد شرطي

الشهادة وهو العدد أو

العدالة عملا بالوجهين

بخلاف الاول فانه لم يكن

فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث أما الوكالة فانها لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانها لو توقفت لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصى (ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه) لانه اثبات حق لا الزام أمر قال (ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل) وهذا عند أى خليفة رجحه الله وقالاهو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية قوله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجهه فيشترط أحد شرطيه وهو العدد أو العدد بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسل

فلا يتوقف على العلم كالورثة (لقيام ولاية المنوب عنه) ولهذا ينزل الوكيل بالموت بخلاف الميت فيتوقف على العلم (وهذا لانه) اذا وقفنا على العلم (لا يفوت النظر) لقيام ولاية الموكل وقدرته (وفي الاول يفوت لعجز الموصى) بالموت وهذا اذا ثبتت الوكالة قصدا أما اذا ثبتت في ضمن الامر بالفعل ففيه روايتان وذلك مثل أن يقول العبد اذهب الى فلان بيعة أو لا امرأته اذهبي الى فلان يطلق أو اذهب بعبدى الى فلان فيبيعه منه فذهب كما أخبره ففعل ذكر محمد في كتاب الوكالة انه جائز وذكر في الزيادات انه لا يجوز فكان فيه روايتان في احدهما لا يتوقف على العلم وفي أخرى لا بد من العلم وذكر في المأذون ما وافق الاول وهو انه اذا قال للناس بايعوا عبدى فأتى في التجارة فبايعوه جاز مع انه لا علم للعبد بالاذن واذا توقفت الوكالة على العلم قلنا ذكر بما يحصل العلم المثبت للوكالة فقال (كل من أعلمه بالوكالة جاز به تصرفه) بشرط كونه غير رجلا كان أو امرأة فاسقا كان أو عدلا مسلما كان أو ذميا وقال الشافعي وأحمد لا تثبت الوكالة بخبر الواحد أصلا لانها تتضمن عقدا كغيره من العقود (لانه) تسليط على مال الغير قلنا (انه اثبات حق) هو حق أن يتصرف (لا الزام أمر) فانه مختار في القبول وعدمه وكان كقبول الهدية عن ذكرانها على يده وهو محل الاجماع والنص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والتقى ويشترى من الكافر (وأما العزل عن الوكالة فعندهما هو والاخبار بها سواء وعند أى خليفة لا يثبت حتى يشهد عنده شاهد عدل أو شاهدان) أى مخبران لان لفظة الشهادة ليست بشرط عدلا أو لم يعدلا (وجه قولهما من المعاملات وبالواحد فيها كفاية) وروى الحسن عنه أنه لا بد من عدالة المخبر واحدا كان أو أكثر وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندواني وزعم انه مذهب أبى حنيفة وقال معنى إطلاق الكتاب أن لا يعلم حالهما إلا أن يعلمهما بالفسق وقيل بل هو على إطلاقه لان تأثير العدد فوق تأثير العدالة الاتري ان القضاء بواحد عدل لا ينفذ وبفاسقين ينفذ بطريق أولى ثبت به وهو الصحيح (وهذا لانه خبر ملزم) أى من كل وجه فانه يمنع الوكيل من التصرف من كل وجه وما قيل ملزم من وجه دون وجه بناء على مجرد اصطلاح أن يراد بالملزم من

فيه الزام أصلا لم يكن في معناها أصلا فلم يشترط فيه شئ من ذلك وبخلاف رسول الموكل فانه لا يشترط فيه أيضا شئ من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسل اذ ربما لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسله الى وكيله

(قوله انه ثبت ضمنا) أقول أى في ضمن أمر الحاضر بالتصرف (قوله والى الكلام في الوكالة ثبت قصدا) أقول قوله ثبت حال قال المصنف (فيشترط الى قوله أو العدالة) أقول فيه اشارة الى أن العدالة لا تشترط في العدد وان قوله عدل صفة رجل قال في التلويح وهو الاصح (قوله كعبارة المرسل للحاجة) أقول فكلا لا تشترط العدالة في المرسل لا تشترط في الرسول أيضا (قوله اذ ربما لا يتفق الخ) أقول على لكون عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسل

(قوله وعلى هذا الخلاف) يعني النسخ كره بين أبي حنيفة وصاحبيه في اشتراط أحد شرطيهما في إيجابه الزام المسائل المذكورة قال في النهاية انهاست مسائل ثلاث منها ذكرها محمد في المبسوط واثنان ذكرهما في النوادر والسادسة فاسألهما المشايخ عليها والمصنف ترك منها مسألة أما الأولى فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون إذا أخبره واحد بالخبر من تلقاء نفسه وهو عدل أو اثنان ثبت بالخبر صدق العبد أو كذب وإن كان فاسقا وكذبه ثبت عندهم أخلاقا وقيد بتلقائه نفسه لأن حكم الرسول حكم مرسله كما مر وهذه المسئلة لم يذكرها المصنف ههنا والثالثة العبد الجاني إذا أخبر المولى بجنائته اثنان أو واحد عدل فتصرف فيه بعده بعقوبة أو بيع كان اختيارا منه (٥٣٨) للفداء وإن أخبره فاسق وصدقه فكذلك والافعلي الاختلاف عنده لا يكون اختيارا

خلافهما وأولى النوادر المسلم الذي لم يهاجر إذا أخبره اثنان أو عدل بما عليه من الفرائض لزومه وبتركها يجب عليه القضاء وإن أخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف وشمس الأئمة السرخسي جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزومه وثانها الشفيع إذا أخبره اثنان أو عدل بالبيع فسكت سقطت وإن أخبره فاسق به وكذبه فعلى الاختلاف والسادسة إذا بلغ البكر تزويج الولى فسكت فإن أخبره اثنان أو عدل كان رضا بخلاف وإن أخبره فاسق فعلى الاختلاف قال (وإذا باع القاضى أو أمينه عبيد الغرماء) إذا باع القاضى أو أمينه عبد الميت لأجل أصحاب الدين (وقبض الثمن فباع الثمن واستحق العبد لم يضمن) العاقده هو القاضى أو أمينه (لأن أمين القاضى قائم مقام القاضى والقاضى قائم مقام الامام

وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى بجنائته عبيده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر اليها قال (وإذا باع القاضى أو أمينه عبيد الغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن) لأن أمين القاضى قائم مقام القاضى والقاضى مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كى لا يتقاعده عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري كل وجه ما كان الزام على خصم منكسر بشرط لفظ الشهادة وحكم الحاكم ولم يكن هذا الزام كذلك كان الزام فيه قصور وجوب الضمان لو تصرف بناء على الزام من وجهه ثم يكتفى لاشتراط العدد أو العدالة كونه ملتزما من وجه بالمعنى الذي ذكرنا بخلاف الاعلام بالو كانه قائم لم يكن فيه الزام أصلا لم يلزم أحد شرطى الشهادة وأجمعوا على أن الخبر بالعزل لو كان فاسقا وصدقه بنزول (قوله وعلى هذا إذا أخبر المولى بجنائته عبيده الخ) هذه ست مسائل ذكر محمد منها ثلاثة في الاصل واثنين في النوادر والسادسة فاسألهما مشايخنا على هذه أما الثلاثة فأحدها عزل الوكيل والثانية العبد المأذون إذا أخبره واحد بالخبر ان كان رسولاً لا يتحجر فاسقا كان أو عدلا وإن كان فضولياً يشترط أحد شرطى الشهادة فيتحجر صدقه العبد أو كذبه وإن كان فاسقا ان صدقه التحجر والافعلي المسئلة على الخلاف والثالثة العبد إذا جنى جنابة ولم يعلمه المولى حتى أعترفه أو باعه يلزمه الأقل من قيمته ومن الدية فإن أخبره واحد بجنائته فكذلك إن كان فاسقا ان صدقه ثم باع أو أعترف بصير مختارا للدية وإن كذبه فهو على الخلاف عند أبي حنيفة لا يكون مختارا للدية وعندهما يصير مختارا لها وأما اثنان في النوادر فأحدهما الحربى إذا أسلم في دار الحرب فأخبره إنسان بما عليه من الفرائض إن كان الخبر عدلا أو أخبره اثنان لزومه حتى لو ترك شيئا منها كان عليه قضاؤه أجماعا وإن كان فاسقا فان صدقه فكذلك وإن كذبه فعلى الخلاف قال شمس الأئمة السرخسي الأصح عندي أنه يلزمه القضاء ههنا اتفاقا لأن الخبر له رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه نظرد كرهنا في كتابنا المسمى ببحر الاصول والثانية الشفيع إذا أخبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا إن أخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء في حقه وإن كذبه فعلى الخلاف فإذا سكت لا تبطل شفيعته عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل والسادسة البكر إذا زوجت بلا استئذان فأخبرت فسكت فهو على ما ذكرنا من الوجوه (قوله وإذا باع القاضى أو أمينه عبيد الغرماء) أى لأجلهم ليوفى دينهم التى كانت على الميت (وأخذ المال) أى الثمن (فضاع) عنده (ثم استحق العبد) أو مات قبل قبض المشتري (لم يضمن) القاضى ولا أمينه للمشتري شيئا (لأن أمين القاضى بمنزلة القاضى والقاضى كالامام وكل من هؤلاء لا يلحقه ضمان كى لا يتقاعده الناس عن قبول هذه الامانة) إذا لم يرجع المشتري على البائع من هؤلاء (يرجع) بالثمن

(على)

والامام لا يضمن كى لا يتقاعده عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري

(قوله والثالثة العبد الجاني إذا أخبر المولى بجنائته اثنان أو واحد عدل الخ) أقول قوله اثنان أى فضوليان وقوله أو واحد أى فضولى (قوله إذا أخبر المولى اثنان أو واحد عدل الخ) أقول وفي كشف البرذوى قال عليه الصلاة والسلام نضر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها إلى من لم يسمعهما وفى حديث آخر ألا فيبلغ الشاهد الغائب اه والأولى الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام بلغوا عني ولو آية فليتام (قوله وشمس الأئمة السرخسي جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزومه) أقول لعدم اشتراط العدالة في الرسول

على الغرماء لأن البيع واقع لهم ولهذا يباع بطلهم) ومن وقع له البيع يرجع عليه المشتري إذا تعذر الرجوع على العاقد (كما إذا كان العاقد صبيًا مجبورًا أو عبداً) (مجبوراً عليه) وههنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا في مرجع المشتري على الغرماء (فإن أمر القاضي الوصي ببيع العبد للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع الثمن يرجع (٥٣٩) المشتري على الوصي لأنه عاقد نيابة) فإن

أوصى إليه الميت قطاهر وإن أقامه القاضي فكذلك لأن القاضي إنما أقامه نائباً عن الميت لا عن نفسه وعقد النائب كعقد المتوب عنه (فصار كما إذا

باعه) الميت (بنفسه) في حياته وفي ذلك كان يرجع المشتري

عليه فههنا يرجع على من قام مقامه (ثم يرجع الوصي على الغرماء لأنه عامل لهم وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه يدينه) أي يأخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال ففيه اختلاف (فالواحد يجوز أن يرجع بذلك أيضاً لأن هذا الضمان لحقه في أمر الميت) وقيل ليس له ذلك لأنه إنما ضمن من حيث إن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره (والوارث إذا بيع له كان بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن في الشركة دين كان العاقد عاملاً له)

فصل آخر في هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها أصل واحد يتعلق بكتاب القضاء وهو أن قول القاضي بانقراده قبل العزل وبعده مقبول أولاً قال (وإذا قال القاضي

على الغرماء لأن البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما إذا كان العاقد مجبوراً عليه ولهذا يباع بطلهم) (وإن أمر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال يرجع المشتري على الوصي) لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان باقاً في القاضي عنه فصار كما إذا باعه بنفسه قال (ورجع الوصي على الغرماء) لأنه عامل لهم وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه يدينه قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً لأنه لحقه في أمر الميت والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن في الشركة دين كان العاقد عاملاً له

فصل آخر (وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجعه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل) وعن محمد رحمه الله أنه يرجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعين الحجة

(على الغرماء) أو الغريم (لأن البيع) والنصرف (واقع لاجلهم) فترجع العهدة عليهم وصار (كما إذا كان العاقد مجبوراً عليه) عبداً أو صبيًا يعقل البيع وكله رجل يبيع ماله جاز العقد بما شرته ما ولا تتعلق الحقوق بمابل بموكلهم لأن التزام العهدة لا يصح منهم القصور الأهلية في الصبي وحق السيد في العبد والأصل أنه إذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد تتعلق بأقرب الناس إلى العقد وأقرب الناس في مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم ألا يرى أن القاضي لا يأمر الوصي أو أمينه بالبيع حتى يطالب الغريم فلذا يرجع المشتري بالثمن عليه عند الاستحقاق (ولو كان البائع الوصي يرجع المشتري عليه بالثمن لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان باقاً في القاضي إياه عنه ثم الوصي يرجع به على الغريم) وكذا الوبايع الوصي العبد لنفسه الوارث فإن المشتري يرجع على الوصي والوصي يرجع على الوارث لما قلنا أن البيع لاجله وهو الذي ينتفع به فلو كان الوارث صغيراً نصب القاضي عنه من يقضي دينه (فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه يدينه) بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشتري قال المصنف (فالواحد يجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً) يريد بالمائة ما ضمن للمشتري فرضها مائة (لأنه لحقه) ذلك (في أمر الميت) وينبغي أن يكون هذا بالاتفاق أعني جواز أن يقال وأما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن ففيه خلاف قيل نعم وقال مجتهد الأئمة السرخسي لا يأخذ في الصحيح من الجواب لأن الغريم إنما ضمن من حيث أن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره وفي الكافي الأصح الرجوع لأنه قضى ذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف في التصحيح كما سمعت

فصل آخر لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع إلى أصل واحد وهو أن قول القاضي بانقراده هل يقبل مولى ومعرز ولا آخره (قوله) وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجعه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل) بمجرد اخباره هذا (وعن محمد رحمه الله أنه يرجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعين الحجة) التي عنها حكيم فيه بذلك قال الفقيه أبو الميت روى عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن أنه قال لا يسهه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضوره وزاد جماعة على هذا فقالوا أو يشهد مع القاضي شاهد عدل على ذلك وهذا يفيد أن القاضي يشهد وليس معناه إلا أن يشهد القاضي والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد الأعلى حكم القاضي والا كان القاضي شاهداً على فعل نفسه وليس ههنا من يشهد عنده إلا الأمور باقاة الحد وهذا بعيد في العادة أعني أن يشهد القاضي

قد قضيت الخ) إذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجعه

(٦٧ - فتح القدير خامس)

أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد أنه يرجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله ما لم تكن الشهادة بحضورك وهو رواية ابن سماعة عنه

فصل آخر (قوله ما لم تكن الشهادة بحضورك) أقول أولاً لقرار بحضورك

لأن قوله يحتمل الغلط والتدراك غير ممكن واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاء زماننا وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضا
الأنهم تركوها فيه للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية أن القاضي أخبر عما يملك إنشاءه لأن المتولي يتمكن من إنشاء القضاء ومن يتمكن
من الانشاء عما أخبر به لم يتم في خبره وفيه بحث وهو أنه متمكن من ذلك بحجة أو بدونها والثاني ممنوع والأول يحرج إلى غير ظاهر الرواية من
معانة الخلة ولأن القاضي من أولى الأمور وطاعة أولى الأمر واجبة وفي تصديقه طاعته فحب تصديقه وظاهر الرواية يدل على جواز
الاعتماد على قوله من غير استفسار وقالوا به (٥٣٠) إذا كان القاضي عدلا فقاما وعلى هذا تنافي الأقسام العقلية كما قال الآمام أبو منصور

لأن قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدراك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ
هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة في زماننا إلا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية أنه أخبر
عن أمر يملك إنشاءه فيقبل خلوه عن التهمة ولأن طاعة أولى الأمر واجبة وفي تصديقه طاعته وقال الآمام
أبو منصور رحمه الله أن كان عدلا عالميا يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة وأن كان عدلا جاهلا
يستفسر فإن أحسن التفسير وجب تصديقه والافلا وان كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل إلا أن
يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة قال (واذ اعزل القاضي فقال لرجل

فان كان عدلا عالميا يقبل
قوله لعدم تهمة الخطأ العلم
والخيانة لعدالته وهذا
القسم لا يحتاج الى الاستفسار
بالاتفاق وان كان عدلا
جاهلا يستفسر عن قضائه
لبقاء تهمة الخطأ فان
أحسن تفسير القضاء بأن
فسر على وجه اقتضاه
الشرع مثل أن يقول
مثلا استفسرت المقر بالزنا
كما هو المعروف فيه وحكمت
عليه بالرجم وثبت عندي
بالحجة أنه أخذ نصا من حرز
لا شبهة فيه وأنه قتل عدلا
بلا شبهة وجب تصديقه
وقبول قوله والافلا لانه
ر بما يظن بسبب جهله غير
الدليل دليلا أو الشبهة غير
دائرة وان كان جاهلا فاسقا
أو عالما فاسقا لا يقبل إلا أن
يعاين سبب الحكم لتهمة
الخطأ في الجهل والخيانة في
الفسق قال (واذا عزل
القاضي فقال لرجل الخ) لما
فرغ من بيان ما يخبر به
القاضي من قضائه في زمن
ولايته شرع في بيان ذلك
بعد عزله فاذا أخبر

عند الجلاد بأنه شهد على فلان وفلان ويؤدي الأمر عنده ولذا اقتصر محمد على معانة حضور الشهادة
من المأمور وهذا (لان الغلط والخطأ في الحكم محتمل) لان القطع بنفيهما ليس إلا لانياء عليهم الصلاة
والسلام (وعلى هذا لا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي) لان الاعتماد فيه على خبر القاضي الكاتب بمفرده
(واستحسن المشايخ هذه الرواية في هذا الزمان لفساد حال أكثر القضاة إلا في كتاب القاضي إلى القاضي)
لان فيه ضرورة احياء الحقوق ولما كان عدم الاعتماد معللا بالفساد والغلط اقتضى الحال التفصيل
١ في التوقف لا اطلاقه (فقال الآمام أبو منصور ان كان القاضي عدلا عالميا يقبل قوله لا انتفاء التهمة)
في الدين بالعدالة والخطأ في الحكم بالعلم (وان كان عدلا جاهلا استفسر فإن أحسن) في بيان سبب حكمه
وشروطه (وجب تصديقه) للعدالة ٢ وترك المصنف قسمين آخرين وهو ما إذا كان فاسقا عالما
أو جاهلا فان الفسق مانع من الركون لاخباره بالاستفسار وحكمه بقصد الخيانة فلا يؤخذ بقوله ولا
بتفسيره (وجه الظاهر أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه) في الحال (فيقبل خلوه عن التهمة) لان التهمة انما
تتحقق في اخبار بأمر لا يمكن انشاؤه في الحال فيحتمل عدم المطابقة أما إذا كان ذلك مما يقدر على انشاؤه
في الحال فيجوز كانه أنشاء في الحال بعناية الحاضرين ولا يخفى أن الذي يملك إنشاءه ليس إلا الحكم وهو
لا يقدر فان الاحتمال المانع قائم اذا عاين الحكم وان لم يعاين الشهادة والشروط ولذا قال محمد لا يسعه ذلك
مالم تكن الشهادة بحضوره ولم يقل الحكم فلا يفيد هذا الوجه شيئا وما زاد من زاد على ما ذكر محمد قولهم
أو يشهد مع القاضي عدل على ذلك احتاجوا أن يزيدوا وجه آخر وهو أن العادة أن ينصب في كل بلدة
قاض واحد ولو لم يكن خبر القاضي بانقراده حجة في الإلزام لقلد في كل بلد قاضيان وأنت سمعت ما قدمناه
في تلك الزيادة وعلمت أن الاحتمال المذكور لا يزول إلا بالعلم بسبب القضاء وهذا لا يتحقق عند الأمور
الآن يحضر وقوع السبب أو يشهد عنده عدلان أنه شهد عند القاضي الأمر فلان وفلان على الوجه
الفلاني ويشهدوا توفر الشروط وهذا لا يتوقف على تكثير القضاة بل على وجود الشهود وقضاة كانوا
أولا فلا يلزم لذلك تكثيرهم فاللازمة بين عدم قبول خبره بانقراده وتكثير القضاة ممنوعة (قوله واذا عزل
القاضي فقال لرجل الخ) صورته اعزل القاضي فادعى عليه رجل أنه أخذ منه الغابغير حق أو قطع

يده

فما قال فلا كلام فيه

(قوله لأن قوله يحتمل الغلط) أقول لعل المراد بالغلط ما يعم الكذب (قوله وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضا) أقول يعني مطلقا
(قوله ومن يتمكن من الانشاء الخ) أقول فيه ركائة

١ كتب بهامش نسخة العلامة البحر اوى قوله في التوقف كذا في التسميع ولعله في القبول لا اطلاقه أي القبول فقوله لا اطلاقه نفي لمسا في
الجامع الصغير من عدم تقييده بالعالم العدل فتدبر
٢ قوله وترك المصنف الخ لعل النسخة التي كتب عليها الشارح لم يكن فيها القسمان المذكوران اه

أو يكذبه في حقيقته وبصدق في كونه في زمن الولاية أو يكذبه فيه فان كان الاول فالقول للقاضي بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى هذا اذا قال الرجل أخذت منك ألفا ودفعته الى فلان قضيت بها عليك وقال لا خر قضيت بقطع يدك في حق فقال المأخوذ منه المال والمقطوع عيده فعلت ذلك في حال قضائك طلبا فالقول قول القاضي لانهم مالموافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذا القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا او القول لمن يشهد له الظاهر لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي لأن إيجابها عليه يفرض الى تعطيل أمور الناس بامتناع الدخول في القضاء وفي هذه الصور قلوا أقر القاطع أو لا خذ بما أقره القاضي لا يضمن أيضا لأنه فعلة في حال القضاء ودفع القاضي وأمره بالشئ صحيح كما اذا كان دفعه المال الى الآخر خذ معاينا في حال القضاء فانه لا يضمن الا خذ حيث ذكرك ههنا وكذا اذا كان أمره بالقطع معاينا في حال القضاء وان قال المأخوذ مال والمقطوع عيده فعلت ذلك قبل التقليد

(قوله أو يكذبه في حقيقته) أقول ظاهره لا يقابل الاحتمال الاول (قوله لانه ثبت فعله الخ) (٥٣١) أقول فيه بحث حيث غير

ترتيب المصنف فلم يظهر كون قوله لانه ثبت الخ تعليلا لأي شئ قال المصنف (ولا يمين على القاضي) أقول قال في الكافي لانه لو لم يمين لصار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ اه وفيه بحث والاول

أن يقال انما لو وجبنا اليمين والضمان عليه في مواضع اليمين والضمان لا تمتنع الناس عن الدخول في القضاء فتمتطل أمور الناس قال المصنف (ولو زعم المقطوع يده الخ) أقول قال سمس الأئمة السرخسي اذا زعم المدعي ان القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي لأن هذا الفعل حادث فيضاف الى أقرب أوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق

أخذت منك ألفا ودفعته الى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل أخذتها ظمنا فالقول قول القاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق هذا اذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال مقررين انه فعل ذلك وهو قاض (ووجهه انه مالموافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذا القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا (ولا يمين عليه) لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي (ولو أقر القاطع والا خذ بما أقره القاضي لا يضمن أيضا) لانه فعلة في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا (ولو زعم المقطوع عيده والمأخوذ مال انه فعل قبل التقليد

يده غير حق فقال قضيت بها عليك لفلان ودفعته اليه وقضيت بقطعك في حق فالقول قول القاضي ولم يهلك في هذا جريان تلك الآية عن محمد رحمه الله لان هذا في أمورات فلا بد أن يكون القول للقاضي والامتنع الناس من قبول القضاء اذا كان يتوجه عليه بعد العزل خصوصيات في أنفس وأموال لا تحصر حينئذ فلا بد من كون القول له في هذا بخلاف ما قبله لان القتل والقطع بعد لم يقع فكان أعمال ذلك الاحتمال مفيدا ثم كون القول له على الاتفاق مفيدا اذا كان المدعي مقررا بأنه فعل ذلك وهو قاض لانهم مالموافقا على ذلك صار كأن هذه الدعوى جرت وهو قاض والقول قوله في ذلك لما قلنا (و) لان الظاهر انه (لا يقضي بالجور ثم لا يمين) على المعزول (لانه ثبت فعله) وهو (في) حال (قضائه بالتصادق) (ولو ادعى عليه في حال قضائه بذلك (لا يمين عليه) فكذا بعده (ولو أقر القاطع) (أو لا) (أخذ) للمال بأمر القاضي (عما أقر به القاضي) وهو أن القطع منه والاخذ كان بقضاء القاضي بالاخذ وأمره بالدفع (لا يضمن أيضا) كالفقهاء لانه أقر أنه فعلة في حال قضائه وهو كالمأخوذ كان دفع القاضي المال الى الآخر معاينا للمأخوذ منه في حال قضائه ويصير القطع باقرار المقطوع أنه قطعه في حال قضائه كالمعاين للعالم الذي رفع اليه المقطوع واقعه (ه) أما (ولو زعم المقطوع والمأخوذ مال انه فعلة قبل التقليد)

الاجحجة لان الاصل انه متى وقعت المنازعة في الاسناد يحكم الحال كما اذا اختلفا في جريان ما اطاحونه وهو لو فعل في هذه الحالة يجب عليه الضمان فلا يصدق في الاسناد الاجحجة بخلاف المسئلة الاولى لانه ثبت الاسناد بمصادقتهما والصحيح هو الاول وهو اختيار فخر الاسلام على البرزوي والصدور الشهيد وتطيره اذا قال العبد لغيره قطعت يدك وأنا عبد وقال المقر له بل قطعتها وأنت حر كان القول قول العبد وكذا اذا قال المولى لعبده قد أعنته أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد وقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول قول المولى وكذا الوكيل بالبيع اذا قال بعث وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل كان القول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما فالقول قول الموكل لانه أخبر عما لا يملك الانشاء فيصير مدينا وكذا في مسئلة الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لانه أقر بالاخذ وبالاضافة يدعى عليه التملك كذا في شرح الزيلعي والنهاية ومعراج الدراية والعبارة للزيلعي وقال الزيلعي وأورد في النهاية على المسائل المتقدمة ما اذا أعتق المولى أمته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقالت هي قطعتها وأنا حرة كان القول قولها وكذا في كل شئ أخذته منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع انه منكر للضمان باسناده الفعل الى حالة منافية له وأجاب بالفرق بينهما من حيث ان المولى أقر بأخذ

أو بعد العزل فالقول أيضا للقاضي (٥٣٣) في الصحيح لأن القاضي أسند فعله الى حالة منافية للضمان لما مر أن حالة القضاء تنافي

الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكرو القول للبكر فصار اسناد القاضي ههنا كاسناد من عهد من الجنون اذا قال طلقت أو اعتقت وأنا مجنون اذا كان ذلك منه معلوما بين الناس فان القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعناق لاضافته الى حالة منافية للايقاع وانما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس الأئمة السرخسي ان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على أن المنازعة اذا وقعت في الماضي تحكم الحال وفي هذه الحال فعله موجب للضمان عليه وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه وأما في الاولى فقد تصادقانه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا لأن الأصل أن يكون قضاؤه حقا ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا أن القول للقاضي (ولو أقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي

أو بعد العزل فالقول أيضا للقاضي (٥٣٣) هو الصحيح لأنه أسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت أو اعتقت وأنا مجنون والجنون منه كان معهودا (ولو أقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي

أو بعده والقاضي يقول بل فعلته في حال قضائي ففيه خلاف (والصحيح أن القول أيضا للقاضي لأنه) أي القاضي (أضافه الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا) انقضاء على الطلاق والعناق وقالت المرأة والعبد كان ذلك في صحة عقلك و (قال) بل (وأنا مجنون وكان جنونه معهودا) فالقول له وكما لو قال أقررت لك وأنا ذاهب العقل من برسام وهو معلوم أنه كان به واحتراز بقوله هو الصحيح عما قال شمس الأئمة في شرحه للجامع الصغير ان القول للمدعي لان هذا الفعل حادث فيضاد الى أقرب الاوقات وهذا يخص ما اذا كانت الدعوى بعد العزل خاصة وكذا أقرضه شمس الأئمة فانه قال فاما اذا زعم أي المدعي أنه فعل ذلك بعد العزل فان القول قوله لان هذا الفعل حادث الخ قال ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق الابينة فالصحيح يخص ما اذا كانت دعواه أنه فعله بعد العزل ولكنه ذكر في تعليقه ما يعبر به كون القول للقاضي فانه قال لان الأصل ان المنازعة متى وقعت في الحالة الماضية يحكم الحال كسئلة الطاحونة وفي الحال فعله موجب للضمان عليه وبهذا الاسناد يدعي سقوطه بخلاف الاول حيث تصادقانه فعله وهو قاض الى آخر ما ذكره ولكن المذكور في عامة نسخ شروح الجامع أن القول للقاضي وهو اختيار غير الاسلام والصدر الشهيد لانه بالاسناد الى الحالة المعهودة المنافية للضمان منكرو للضمان فالقول قوله كما لو قال الوكيل بالبيع بعد العزل بعث وسلمت قبل العزل فقال الموكل بعده فالقول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما بعينه لم يصدق لانه أخبر عن أمر لا عليك انشاءه فيصير مدعيا وكذا لو قال العبد بعد العتق رجل قطع يدك خطأ وأنا عبد وقال المقر بل وأنت حر فالقول للعبد ولا ضمان وكذا اذا قال أخذت مني كل شهر كذا من المال بعد العتق فقال السيد قبله فالقول للسيد ان كانت الغلة هالكة وان كانت قائمة فالقول للعبد يأخذه من المولى لانه أقر بالأخذ ثم بالاضافة يريد التملك عليه فكان مدعيا وكذا الوصي لو ادعى به تدبيلوغ اليتيم أنه أنفق عليه كذا وهو في يده وادعى اليتيم أنه استهلكه فالقول قول الوصي ذكره المحبوبي واستشكل بما ذكره في باب جناية المملوك فبين أعتق جاريته ثم قال لها قطع يدك وأنت أمتي فقالت بل وأنا حرة فالقول لها وكذا كل ما أخذ منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكرو بالاسناد الى الحالة المعهودة المنافية للضمان ولو قلت أقر هنالك بسبب الضمان وهو القطع ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع فههنا أيضا أقر بسبب الضمان وهو اقراره للقصر له بشي ثم ادعى ما يبرئه بذهاب العقل وكذا القاضي اذا أقر بعد العزل بالاخذ ثم ادعى ما يبرئه بالاسناد وكذا الوصي أجيب بالفرق بأن المولى أقر بأخذ مال الغير وادعى جهة التملك لنفسه فيصدق في الاقرار لافي جهة التملك كما لو قال أخذت منك الفاهي ديني عليك أو الهبة التي وهبتها وأنكر الآخر كان القول للآخر وكذا لو قال أكلت طعامك باذنك وقال بغير اذني فالقول لصاحب الطعام بخلاف القاضي والوكيل والوصي لانهم ما ادعوا جهة التملك لانفسهم وكذا في دعوى الطلاق والعناق ما ادعوا التملك لانفسهم لما هو مملوك الغير فكان القول قولهم في اضافتهم الى الحالة المعهودة المنافية (قوله ولو أقر القاطع والاخذ في هذا الفصل) وهو فصل زعم المأخوذ منه والمقطوع ان القاضي فعل ذلك قبل التقيد أو بعد العزل فأقر القاطع والقباض أي فعلت ذلك بأمر القاضي وهو عني قضائه والمأخوذ منه والمقطوع يده يقول بل قبله أو بعده

مالها ثم ادعى التملك لنفسه فيصدق في اقراره ولا يصدق في دعواه التملك له وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك باذنك فأنكر الاذن يضمن المقر وهذا الفرق ليس بمخلص والله أعلم اه لعدم جبرانه في صورة النزاع

(بضم ن)

في أخذ غلة العبد وقطع يد الامة كما لا يخفى (قوله كاسناد من عهد من الجنون الخ) أقول في التشبيه لطافة لا تخفى (قوله في هذه الصورة) أقول في الاطلاق تأمل

ضمنا لانهم اقر بسبب الضمان وقول القاضى مقبول في دفع الضمان عن نفسه لافي ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق (لا يقال الاخذ والقاطع في الصورة الثانية أسندا (٥٣٣) الفعل الى حالة منافية للضمان

فكان الواجب أن لا يضمن كالقاضى لان جهة الضمان راجحة لان اقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضى حجة ظاهرة والظاهر لا يعارض القطعي وهذا يقتضى وجوب الضمان على القاضى أيضا لكن ذلك يؤدى الى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان (ولو كان المال باقيا في يد الاخذ وأقر بما أقر به القاضى أخذ منه المال) سواء صدقه المأخوذ منه المال في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه (لان الاخذ أقر أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة) فيه لكونه شهادة فرد والله أعلم

(قوله لان اقرار الرجل الى قوله لا يعارض القطعي) أقول الاقرار دليل ظاهر كما في أول كتاب الحدود الآن براد بالقطعية كونه أقوى من قضاء القاضى (قوله لكن ذلك يؤدى الى تضييع الحقوق الخ) أقول هذا جواب عن النقض بتغيير الدليل والاولى أن يجاب كما في النهاية بمنع قوله الاخذ

بضمنا) لانهم اقر بسبب الضمان وقول القاضى مقبول في دفع الضمان عن نفسه لافي ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق (ولو كان المال في يد الاخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضى والمأخوذ منه المال صدق القاضى في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه) لانه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة

(بضمنا) ولا يضمن القاضى (لانهم اقر بسبب الضمان) وهو مباشرتهم الاخذ والقاطع (وقبول قول القاضى) في ذلك (لدفع الضمان عن نفسه) بسبب يخصه وهو كى لا يمنع الناس عن قبوله فتضيع الحقوق وهي مفسدة عظيمة فلا يوجب بطلانه عن غيره لعدم الاشتراك في ذلك السبب وقوله (ولو كان المال في يد الاخذ قائما) هذا قيد فيما يلزم جواب المسئلة المذكورة في الصورتين بحسب الظاهر فان لازم كون القول للقاضى والقاطع والاخذ في صورة التصادق على أن الفعل كان في حالة القضاء أنه لا رجوع بالمال المأخوذ للمأخوذ منه مطلقا فانه قد حكم بنفاذ قوله فأذا أن ذلك أعنى عدم الرجوع فيما اذا كان المأخوذ هالكا أما اذا كان قائما فيؤخذ من القابض سواء صدق القابض في أنه أخذه في حال قضائه أو كذبه وقال بل قبل التقليد أو بعد العزل عليه محمد في الزبادات فقال لان الشئ قائم بعينه فلا يصدق أنه أخذه على وجه الحكم فالوا معناه أن القاضى لما أقر بالاخذ يصير شاهدا للغير بالكلام الثانى واقراره بالاخذ صحيح وشهادته بالملك لغيره باطله ولان القابض أقر بسبب الضمان حيث أقر أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا تسمع دعواه التملك عليه الا بينة وقول المعزول ليس بينة عليه لانه ليس شاهدا بالدين بل بفعل نفسه المتأق للضمان

٢

تم الجزء الخامس ويليه الجزء السادس أوله كتاب الشهادات

والقاطع أسندا الفعل الى حالة منافية للضمان فان حالة القضاء لا تنافي للضمان في حق غير القاضى لانه كم من غاصب يغصب مال غيره والقاضى في منصب القضاء قائم وأخذه بأمر القاضى لم يثبت لعدم الحجية اذا الكلام فيه وكذا حال القطع فليست له واقعه أعلم

﴿ فهرست الجزء الخامس من فتح القدير ﴾

صفحة	صفحة
٢٦٤ فصل ومن اشترى شيئاً مما يتقل ويحول الخ	٢ (كتاب الشركة)
٢٧٤ باب الربا	١٤ فصل لا تنعقد الشركة الخ
٣٠١ باب الحقوق	٣١ فصل في الشركة الفاسدة
٣٠٤ باب الاستحقاق	٣٥ فصل وليس لاحد الشريكين أن يؤدي زكاة
٣٠٩ فصل في بيع الفضولي	مال الآخر الا باذنه
٣٢٣ باب السلم	٣٧ (كتاب الوقف)
٣٥٧ مسائل منسوبة	٦١ فصل اختص المسجد بأحكام
٣٦٧ (كتاب الصرف)	٦٧ الفصل الاول في المتولي
٣٨٩ (كتاب الكفالة)	٦٩ الفصل الثاني في الموقوف عليه
٤٢٩ فصل في الضمان	٧٣ (كتاب البيوع)
٤٣٦ باب كفالة الرجلين	٩٧ فصل لما ذكر ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد
٤٣٩ باب كفالة العبد وعنه	الخ
٤٤٣ (كتاب الحوالة)	١١٠ باب خيار الشرط
٤٥٢ (كتاب أدب القاضي)	١٣٧ باب خيار الرؤية
٤٧١ فصل في الحبس	١٥١ باب خيار العيب
٤٧٧ باب كتاب القاضي الى القاضي	١٨٤ باب البيع الفاسد
٤٨٥ فصل آخر	٢٣٧ فصل في أحكامه
٤٩٨ باب التصكيم	٢٣٩ فصل فيما يكره
٥٠٢ مسائل منسوبة من كتاب القضاء	٢٤٦ باب الاقالة
٥١٥ فصل في القضاء بالمواريث	٢٥٢ باب المراجعة والتولية
٥٢٩ فصل آخر	